DAS INTERTEMPORALE ERBRECHT DER EHEGATTEN IM KANTON BERN

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG
DER WÜRDE EINES DOCTOR JURIS UTRIUSQUE
DER UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

MARIA WALTHER
AUS BALM-SOLOTHURN

1 9 2 8

TYPARSATZ UND OFFSETDRUCK DER POLYGRAPHISCHEN GESELLSCHAFT
LAUPEN BEI BERN

DAS INTERTEMPORALE ERBRECHT DER EHEGATTEN IM KANTON BERN

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG
DER WÜRDE EINES DOCTOR JURIS UTRIUSQUE
DER UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

MARIA WALTHER

AUS BALM (SOLOTHURN)

1928

TYPARSATZ UND OFFSETDRUCK DER POLYGRAPHISCHEN GESELLSCHAFT
LAUPEN BEI BERN

BIBLIOTHEEK
RIJKS
UNIV.
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

1. Kapitel:

Die eidgenössischen und kantonalen Übergangsbestimmungen im Gebiete des Erbrechts.

§ 1. Die grundsätzliche Regelung des Schlusstitels zum Z. G. B. 3
I. Art. 1 ff. Schl. zum Z. G. B. 3
II. Art. 15 Schl. zum Z. G. B. 7
III. Art. 9 Schl. zum Z. G. B. 9

§ 2. Die Abänderungen der grundsätzlichen Regelung kraft Willensanordnung 16
I. Beibehaltung des alten Rechts 16
II. Unterstellung unter das neue Recht 20
§ 3. Die grundsätzliche Stellungnahme des bernischen Gesetzgebers beim Erlass des E. G. 26
I. Das bisherige Erbrecht der Ehegatten 26
II. Neukodifizierung des kantonalen Rechts 32
1. Frage der Erlaubtheit 32
2. Inhalt der Abänderungen 37
III. Die erbrechtlichen Folgen der Optionsmöglichkeiten, die den Ehegatten für ihre Güterrechtsverhältnisse zur Verfügung standen 38
1. Rechtswirkungen für „altbernische" Ehegatten . 39
2. Rechtswirkungen für Ehegatten mit divergierendem Güterstand 43
3. Rechtswirkungen für Ehegatten mit rein neurechtlicher Stellung 46

2. Kapitel:

Die erbrechtliche Stellung „altbernischer" Ehegatten.

§ 4. Die erbrechtliche Stellung der bernischen Witwe . . 50
I. Wenn nur Kinder aus früherer Ehe des Erblassers vorhanden sind 50
II. Wenn Kinder des Erblassers aus früherer und aus letzter Ehe vorhanden sind 51
III. Wenn der Erblasser nur die Witwe hinterlässt . . 51
§ 5. Die unabgeteilte Witwe 52
§ 6. Die erbrechtliche Stellung des bernischen Witwers . . 69
I. Wenn nur Kinder aus früherer Ehe der Erblasserin vorhanden sind 69
II. Wenn Kinder der Erblasserin aus früherer und aus letzter Ehe vorhanden sind 71

Seite

III. Wenn die Erblasserin nur den Witwer hinterlässt . 71
§ 7. Die Stellung des Witwers gegenüber den Kindern hinsichtlich des Muttergutes 72

3. Kapitel:
Abänderungen des gesetzlichen Erbrechts der Ehegatten durch Willensanordnung.

§ 8. Der Ehetag und die Eheverkommnis 75
I. Unter dem alten Recht 75
II. Die Wirkung der Ehetage und Eheverkommnisse nach dem E. G. 78
§ 9. Die Verfügungen von Todes wegen 80
I. Die Verfügungsbefugnis des Ehemannes vor und nach 1912 84
II. Die Verfügungsbefugnis der Ehefrau vor und nach 1912 87
III. Die Verfügungsbefugnis des Witwers und der Witwe 89

Quellen und Literatur.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (zit.: Z. G. B.).

Civilgesetzbuch für die Stadt und Republik Bern (zit.: bern. C. G. B.).

Gesetz vom 27. Mai 1847 über die Aufhebung der Geschlechtsverbeistandschaften im alten Kantonsteil.

Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891 (zit.: Zivr. Verh. G.).

Anwendungs- und Einführungsbestimmungen zum Z. G. B. (zit: Schl.).

Gesetz betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Bern vom 28. Mai 1911 (zit.: E. G.).

Verordnung des Bundesrates betreffend das Güterrechtsregister vom 27. September 1910.

Schweizerische Juristen-Zeitung (zit.: S. J. Z.).

Zeitschrift für schweizerisches Recht (zit.: in der neuen Folge als Z. S. R.).

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (zit.: Z. b. J. V.).

Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (zit.: M. B. V.).

Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Jahrgang 1906 und 1907.

Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Jahrgang 1910 und 1911.

Curti: Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, Zürich 1911.

Egger: Kommentar zum Familienrecht, Zürich 1914.

Gmür: Kommentar zum Familienrecht, Bern 1914.

König: Kommentar zum Civilgesetzbuch für den Kanton Bern, Bern 1879.

Mutzner: Kommentar zum Schlusstitel, II. Aufl., Bern 1926.

Reichel: Kommentar zum Schlusstitel, Zürich 1916.

Schnell: Civilgesetzbuch für die Stadt und Republik Bern, Bern 1827.

Tuor: Kommentar zum Erbrecht, Bern 1913 bis 1927.

Brand: Die wesentlichen Probleme im schweizerischen Einführungsgesetz zum Z. G. B. in Z. b. J. V. 48, S. 1 ff. und 65 ff.

Bühlmann: Das Teilungsrecht der Kinder nach Art. 148 und 151 des bernischen E. G. in Z. b. J. V. 49, S. 11 ff. und S. 82 ff.

— Das schweizerische Z. G. B. im Kanton Bern, Bern 1912.

Burckhardt-Passavant: Fortdauer und Wechsel des ehelichen Güterstandes bei dem Inkrafttreten des schweizerischen Z. G. B. in Z. S. R. 28, S. 331 ff.

Delattre: Les droits du conjoint survivant (thèse Paris 1910).

Le Fort: Quotité disponible et Réserve dans le code civil suisse (thèse Genève 1917).
Giesker: Das intertemporale eheliche Güterrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuche, Bern 1912.
Gmür: Die Rechtsstellung der Witwe bei Kollisionen von bernischem mit ausserkantonalem und ausländischem Recht in Z. b. J. V. 40, S. 4 ff.
Guhl: Die Übergangsbestimmungen des Z. G. B. unter besonderer Berücksichtigung des bernischen Rechts in Z. b. J. V. 46, S. 529 ff. und 601 ff.
— Das Pflichtteilsrecht des Z. G. B. unter besonderer Berücksichtigung des bernischen Übergangsrechts in Z. b. J. V. 48, S. 197 ff.
Guidon: Das Erbrecht des Gemeinwesens, Diss. Bern 1916.
Gut: Das Ehegattenerbrecht im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1921.
Held: Die Verfügungsbeschränkung der sog. unabgeteilten Witwe in Z. b. J. V. 61, S. 545 ff.
Huber: Erläuterungen zum Vorentwurf, Bern 1901.
— System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Basel 1886.
Kuhn: Der Ehevertrag bernischer Ehegatten in der Übergangsperiode in Z. b. J. V. 48, S. 373 ff. und S. 421 ff.
Kuoni: Das schweizerische Erbrecht, insbesondere das Übergangsrecht, Chur 1911.
Leuenberger: Vorlesungen über das schweizerische Privatrecht, Bern 1854.
Martin: Das intertemporale eheliche Güterrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch (Diss. Bern 1913).
Mutzner: Das intertemporale eheliche Güterrecht in Z. S. R. 34, S. 175 ff.
Peter: Das Erbrecht der Ehegatten in Z. S. R. 40, S. 1 ff.
Rennefahrt: Gültigkeit und Tragweite der Art. 150 bis 154 des bernischen E. G. zum Z. G. B. in Z. b. J. V. 50, S. 197 ff.
Senn: Der Erbverzicht bei altbernischem Güterrecht in Z. b. J. V. 49, S. 336 ff.
— Aus dem intertemporalen Güter- und Erbrecht im Kanton Bern in Z. b. J. V. 60, S. 262 ff. und 63, S. 529 ff.
Tuor: Das neue Recht, Zürich 1912.
Vital: Die Verfügungsfreiheit des Erblassers, Diss. Bern 1915.
Vogel: Ehevertrag und güterrechtliche Auseinandersetzung in Z. b. J. V. 50, S. 122 ff.
Wyss: Die Rechtsstellung altbernischer Ehegatten nach Art. 144 E. G. zum Z. G. B., Diss. Bern 1918.
Zimmermann: Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Bern 1921.

Einleitung.

Als am 1. Januar 1912 das schweizerische Z. G. B. an Stelle der bisher geltenden kantonalen Kodifikationen trat, erwuchs dem Gesetzgeber die Aufgabe, diejenigen Rechtsverhältnisse zu normieren, die noch unter der Herrschaft der kantonalen Rechte entstanden waren, deren Wirkungen aber zeitlich in die neue Rechtsordnung hineinragen. — Zum Zwecke der zeitlichen Abgrenzung der bisherigen kantonalen vom neuen Rechte schuf der eidgenössische Gesetzgeber die intertemporalen Rechtsnormen des Schlusstitels zum Z. G. B.

Von den Rechtsbeziehungen, die bereits vor dem 1. Januar 1912 entstanden sind, die aber ihre Wirkungen weiterhin auslösen sollen, möchten wir hier diejenigen hervorheben, die der Eheabschluss mit sich bringt; die intertemporale Gesetzgebung unterscheidet hier zwischen solchen persönlicher und solchen wirtschaftlicher Natur. Für die Rechtswirkungen persönlicher Natur, die durch den Eheabschluss hervorgerufen werden, schrieb sie vom 1. Januar 1912 an schlechthin und ohne Ausnahme die Anwendbarkeit des neuen Rechts vor. — Grössere Schwierigkeiten bereitete die intertemporale Regelung des ehelichen Güterrechts; denn die wirtschaftlichen Wirkungen, die die Ehe nach den verschiedenen kantonalen Rechten auslöste, waren die allerverschiedensten. Um auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts ein möglichst reibungsloses Übergangsstadium zu bewirken, sah die eidgenössische intertemporale Gesetzgebung im Schl. von einer einheitlichen und zwingenden Regelung ab; vielmehr räumte sie den Kantonen auch nach dem 1. Januar 1912 einen gewissen Einfluss

auf die Ausgestaltung des ehelichen Güterrechts ein: Art. 9 Abs. 2 Schl. gestattet nämlich den Kantonen, ihr eheliches Güterrecht von ihrem bisherigen Familien- und Erbrecht selber abzugrenzen. Dabei bestimmt dieser Artikel, dass das als „güterrechtlich" erklärte Familien- und Erbrecht weiter in Kraft bleiben solle.

Der bernische Gesetzgeber machte von der Konzession, die ihm durch den Art. 9 Schl. eingeräumt wurde, den umfangreichsten Gebrauch: er erklärte in seinem E. G. sein ganzes bisheriges Ehegattenerbrecht als güterrechtlicher Natur. Überdies nahm er in seinem E. G. eine Neukodifizierung seines bisherigen Ehegattenerbrechts vor; er setzte aber fest, dass dieses neu kodifizierte und als „güterrechtlich" erklärte Ehegattenerbrecht nur dann zur Anwendung kommen solle, wenn die Ehegatten ihre Güterrechtsverhältnisse sowohl intern wie auch extern dem bisherigen kantonalen Recht unterstellt hatten.

Gegenstand dieser Arbeit soll nun die spezifisch erbrechtliche Stellung derjenigen Ehegatten sein, die vor dem Inkrafttreten des Z. G. B. durch eine Beibehaltungserklärung (vgl. Art. 9 Abs. 2 Schl.; E. G. Art. 141 Abs. 1) sich das kantonale Erbrecht in der Fassung des E. G. gesichert haben; mit anderen Worten es soll hier untersucht werden, in welchem Umfang der überlebende Ehegatte bei Auflösung einer altbernischen Ehe am Nachlass des Vorverstorbenen berechtigt ist. — Diese Ausführungen haben also die erbrechtlichen Auswirkungen der bernischen Gütereinheit zum Gegenstand, soweit sie als „güterrechtlich" erklärt und aus dem bisherigen bernischen Erbrecht ins E. G. übernommen wurden.

1. Kapitel.

Die eidgenössischen und kantonalen Übergangsbestimmungen im Gebiete des Erbrechts.

§ 1.

Die grundsätzliche Regelung des Schlusstitels zum Z. G. B.

I. Art. 1 ff. Schl. zum Z. G. B.

Infolge der Schaffung des Z. G. B. ist dem Gesetzgeber die Aufgabe erwachsen, den Geltungsbereich der bisherigen kantonalen Rechte von diesem neuen eidgenössischen Recht *zeitlich* abzugrenzen. Auf den ersten Blick scheint die Frage des Inkrafttretens dieses neuen Gesetzes eine sehr einfache zu sein, indem dasselbe den Zeitpunkt selber festlegt, von dem an es Geltung erlangen soll.

Es ist nun aber möglich, dass bereits unter dem alten Recht gewisse Rechtsverhältnisse entstanden sind, die den Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechtes überdauern. Hieraus erwächst dem Gesetzgeber die Aufgabe, diese Rechtsverhältnisse und deren Wirkungen abzugrenzen und festzusetzen, inwieweit das neue Recht auf die unter dem alten Recht entstandenen Rechtsverhältnisse Geltung beanspruchen könne, mit anderen Worten, er muss den zeitlichen Herrschaftsbereich der neuen Rechtsordnung abgrenzen. Dies geschieht in den intertemporalrechtlichen Normen des Schl. zum Z. G. B. Bei der Aufstellung derselben hatte der Gesetzgeber einerseits die unter dem Schutze der früheren kantonalen Gesetze erworbenen

Rechte soweit als möglich zu respektieren, anderseits hatte er aber auch dafür zu sorgen, dass die Entwicklung des neuen Rechtes sich vollziehen konnte, d. h. dass die Nachwirkung der früheren Gesetze nicht allzulange in die neue Rechtsordnung hineinragten. Diese schwierige Aufgabe musste so erledigt werden, dass allfällige Eingriffe in bereits erworbene Privatrechte in einer die Betroffenen möglichst schonenden Weise vorgenommen und alle unnötigen Härten vermieden wurden.

Eingangs seiner intertemporalen Kollisionsnormen stellt der eidgenössische Gesetzgeber für die unter dem Schutze der früheren kantonalen Kodifikationen erworbenen Rechte den Grundsatz der Nichtrückwirkung auf; d. h. er erklärt im Art. 1 des Schl., dass diejenigen Rechtszustände, die *vor* dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes bereits rechtsgültig waren, nach dem *bisherigen* Recht beurteilt werden sollen. Dagegen sollen alle Tatsachen, die nach diesem Zeitpunkt eingetreten sind, soweit der Gesetzgeber keine Ausnahmen vorgesehen hat, nach dem *neuen* Recht beurteilt werden. In Art. 2 bis 4 Schl. zitiert der Gesetzgeber allgemein die Ausnahmen, d. h. diejenigen Tatsachen, die selbst wenn sie vor 1912 eingetreten sind, trotzdem der neuen Rechtsordnung unterstellt sind[1]. Darunter fallen die Bestimmungen, welche das Z. G. B. um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufstellt. Dabei sind die Begriffe „öffentliche Ordnung und Sittlichkeit" in dem Sinne aufzufassen und zu interpretieren, wie sie vom Z. G. B. umschrieben werden. Es sollen demnach die Bestimmungen über die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit auch auf die unter der alten Rechtsordnung entstandenen Rechtstatsachen zur Anwendung gelangen. Dagegen wird denjenigen kantonalen Bestimmungen, die nach

[1] Diese Ausnahmen sind, sowohl wie Art. 1 Schl. *allgemeine* Regeln, die nur dann heranzuziehen sind, wenn nicht Spezialregeln etwas anderes bestimmen.

der Umschreibung des Z. G. B. der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit widersprechen, nach 1912 die weitere Anerkennung versagt.

Die Art. 3 f. Schl. huldigen der Theorie der wohlerworbenen Rechte und haben infolgedessen dem Z. G. B. ermöglicht, in einem Umfang wie keine andere Kodifikation den Grundsatz der Ausschliesslichkeit der neuen Rechtsordnung durchzuführen. Der Art. 3 Schl. unterstellt nur diejenigen Rechtsverhältnisse dem bisherigen Recht, denen der Parteiwille die Entstehung und den individualisierenden Inhalt gibt. Dagegen werden alle Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig von den Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, nach dem 1. Januar 1912 den Vorschriften des neuen Rechts unterstellt[2].

Nach Art. 4 Schl. begründen nur diejenigen altrechtlichen Tatsachen erworbene Rechte, durch die ein rechtlich geschützter Anspruch zur Zeit des Inkrafttretens des Z. G. B. bereits begründet war. Ob das der Fall war, entscheidet der Art. 2 leg. cit., dann aber auch — wenn keine Spezialbestimmung vorgeht — Art. 3, der die wichtigste Bestimmung im Sinne der Ausschliesslichkeit der neuen Rechtsordnung darstellt. Er setzt nämlich fest, dass die Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, vom 1. Januar 1912 an nach dem neuen Recht zu beurteilen sind. Dies gilt auch dann, wenn dieselben vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts begründet worden sind.

Eine spezielle Anwendung des in Art. 3 Schl. enthaltenen Grundsatzes stellt die Vorschrift von Art. 8 leg. cit. dar. Dieser Art. bestimmt, dass die persönlichen Wirkungen der beim Inkrafttreten des Z. G. B. beste-

[2] Allerdings hat das Z. G. B. von diesem Grundsatz viele Ausnahmen gemacht, wovon die wichtigste diejenige des Art. 9 Schl. ist.

henden Ehen — zum Unterschied von den güterrechtlichen — nach dem eidgenössichen Recht zu beurteilen seien. Denn die persönlichen Wirkungen der Ehe sind im Grunde genommen nichts anderes als die Wirkungen eines personenrechtlichen Zustandes, der durch den Abschluss der Ehe herbeigeführt wird. Es wäre demnach unrichtig, die einzelnen Rechte und Pflichten, die den Ehegatten durch den Eheabschluss erwachsen, etwa als Willenswirkungen eines Rechtsgeschäftes (des Eheabschlusses) zu betrachten; vielmehr wird durch den Eheabschluss lediglich der personen- bzw. familienrechtliche *Zustand* der Ehegatten begründet. Die Rechtswirkungen dieses Zustandes aber werden unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz festgelegt[3]. Es beanspruchen also die neurechtlichen Normen über die persönlichen Wirkungen der Ehe absolute Geltung und soweit ihnen kantonale Normen widersprechen, ist deren Weitergeltung ausgeschlossen. Der kantonale Gesetzgeber konnte seine alte Ordnung der persönlichen Wirkungen der Ehe auch nicht etwa dadurch perpetuieren, dass er die betreffenden Rechtssätze als ehegüterrechtliche Normen bezeichnete.

Als persönliche Wirkungen der Ehe, die seit dem Inkrafttreten des Z. G. B. unabhängig vom Güterstand ausschliesslich vom neuen Recht beherrscht werden, sind insbesondere zu betrachten[4]:

1. Die Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Gemeinschaft und zur Förderung des Wohles der Gemeinschaft (Z. G. B. Art. 159, 161 Abs. 2).
2. Die eheliche Vorsteherschaft und Alimentationspflicht des Mannes und der Frau in der Gemeinschaft (Z. G. B. Art. 160 und 161 Abs. 3).

---

[3] Vgl. Mutzner, Komm. Art. 8 Schl. N. 1 ff.

[4] Vgl. Bühlmann, S. 69 ff.; Mutzner Z. S. R. 34, S. 178 f. und Komm. Art. 8 Schl. N. 27 ff.; Erläuterungen zum Vorentwurf des Z. G. B. I, S. 104 ff. und S. 152.

3. Mit der Eingehung der Ehe erhält die Frau den Namen und das Bürgerrecht des Ehemannes und verpflichtet sich, dessen Wohnsitz zu teilen (Z. G. B. Art. 161 und 160).
4. Die Schlüsselgewalt der Ehefrau als Vertreterin der ehelichen Gemeinschaft (Z. G. B. Art. 162 bis 166).
5. Das Recht der Ehegatten auf Schutz der Gemeinschaft (Z. G. B. 164 f., 167, 169 bis 176 und O. R. 134 Ziff. 3).
6. Die Einflüsse der Ehe auf die persönliche Handlungsfähigkeit der Ehefrau.

Das Z. G. B. zieht — im Gegensatz zum bernischen Recht — eine scharfe Grenze zwischen der Stellung der Ehefrau als eines sich betätigenden Rechtssubjektes einerseits und ihrer aus dem ehelichen Güterrecht sich ergebenden vermögensrechtlichen Gebundenheit andererseits. Nach Z. G. B. ist die Ehefrau grundsätzlich handlungsfähig. Die Geschlechtsverbeistandschaft, wie sie nach Satzung 85 des bernischen C. G. B. und nach dem Gesetz von 1847 über die Aufhebung der Geschlechtsverbeistandschaft noch bestand, fällt dahin. Wenn die Frau oder Witwe in ihrer Verfügungsbefugnis über das eheliche Vermögen noch beschränkt ist, so liegt darin nicht etwa eine Beschränkung ihrer freien Willensbestätigung, sondern es ist dies lediglich ein Ausfluss des ehelichen Güterrechts und nicht etwa ein Mangel an Rechtsfähigkeit.

II. Art. 15 Schl. zum Z. G. B.

Dieser Art. lautet: „Die erbrechtlichen Verhältnisse und die mit ihnen nach kantonalem Recht untrennbar verknüpften Wirkungen des Todes eines Vaters, einer Mutter oder eines Ehegatten werden, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes gestorben ist, auch

nach diesem Zeitpunkt durch das bisherige Recht bestimmt.

Diese Vorschrift bezieht sich sowohl auf die Erben als auf den Erbgang."

Art. 15 ist in dem Sinne eine allgemeine intertemporale Rechtsnorm über die Erbfolge, als er keinerlei Unterscheidungen macht zwischen dem gesetzlichen und dem testamentarischen resp. vertraglichen Erbrecht (— im Gegensatz zu Art. 16, der eine Spezialbestimmung darstellt, die insbesondere die intertemporalrechtliche Behandlung der Verfügungen von Todes wegen regelt —). Aus Art. 15 ergibt sich, dass bei der Erbfolge für die Beantwortung der Frage, ob altes oder neues Recht herangezogen werden müsse, auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers abzustellen ist. Er bestimmt, dass das bisherige Erbrecht zur Anwendung gelangt in allen Fällen, wo der Erblasser vor dem 1. Januar 1912 gestorben ist. Dabei ist für die Frage, was unter „Erbrecht" zu verstehen ist, nicht etwa die strikte, scharfe Umschreibung des Begriffes durch das Z. G. B. massgebend, sondern es werden auch die mit den erbrechtlichen Verhältnissen nach dem kantonalen Recht untrennbar verknüpften güterrechtlichen Wirkungen des Todes eines Vaters, einer Mutter oder eines Ehegatten als erbrechtlich erklärt. Diese mit dem Erbrecht untrennbar verbundenen güterrechtlichen Wirkungen werden somit den Bestimmungen über die Erbfolge intertemporalrechtlich gleichgestellt. Dabei wird dem bisherigen Recht Geltung zuerkannt, sowohl hinsichtlich der Erben als auch in bezug auf den Erbgang.

Der Art. 15 steht innerlich im Zusammenhang mit dem Art. 9 Schl., indem der letztgenannte Artikel den Kantonen die Kompetenz einräumt, Vorschriften ihres bisherigen Familien- oder Erbrechts als güterrechtlich zu bezeichnen.

Art. 15 Schl. wurde vom eidg. Gesetzgeber aufgestellt mit Rücksicht auf den Fall, wo der Tod eines Erblassers vor 1912 (also noch unter dem Geltungsbereich der kantonalen Rechte) erfolgt war, ohne damals eine erbrechtliche Auseinandersetzung nach sich zu ziehen. Allerdings war auch in den meisten kantonalen Rechten die erbrechtliche Sukzession im Zeitpunkt des Todes des Erblassers die Regel. Eine Ausnahme hievon bildete das bernische Recht, wenn der Erblasser einen Ehegatten hinterliess. Im Kanton Bern war nämlich die Einheit des ehelichen Vermögens eine so intensive, dass sie über den Tod des einen Ehegatten hinaus weiterdauerte. Die überlebende Ehefrau (für die bernische Gütereinheit in der Hand des Mannes kommt nur die Witwe in Frage) blieb also, wenn der Ehemann und Vater bereits vor 1912 gestorben war, Eigentümerin des gesamten ehelichen Vermögens. Vorwiegend diese bernischen Güterrechtsverhältnisse und die mit ihnen untrennbar verbundenen erbrechtlichen Folgen hatte der Gesetzgeber im Auge beim Erlass der intertemporalen Regel des Art. 15.

III. Art. 9 Schl. zum Z. G. B.

Um eine bessere Anpassung an das Z. G. B. zu ermöglichen, hat der eidgenössische Gesetzgeber den Kantonen ausnahmsweise einen gewissen Einfluss auf die Ausgestaltung des intertemporalen Rechts ermöglicht. Einzelne kantonale Gesetzgebungen hatten nämlich dem überlebenden Ehegatten — im Gegensatz zum System des Z. G. B. — bloss güterrechtliche Ansprüche am Nachlass des Verstorbenen gewährt.

Schl. Art. 9 hat den Kantonen grundsätzlich die Kompetenz eingeräumt, sich in ihren E. G. über die Frage auszusprechen, welche Ansprüche des überlebenden Ehegatten sie als güterrechtlicher Natur ansehen; diese

von den Kantonen als güterrechtlich bezeichneten Normen sollen für die wenigstens intern unter dem alten Recht verbliebenen Ehegatten auch nach dem 1. Januar 1912 nach kantonalem Recht beurteilt werden. Der Gesetzgeber hatte bei dieser Regelung vor allem die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen dem Ehegüterrecht und dem Erbrecht im Auge; die als erbrechtlicher Natur erklärten Normen sollten, wenn die Ehe nach dem Inkrafttreten des Z. G. B. aufgelöst wurde, nach neuem Recht beurteilt werden. Natürlich durften die Kantone bei der Erweiterung ihrer bisherigen güterrechtlichen Bestimmungen nicht willkürlich vorgehen, sondern es mussten die sachlichen Voraussetzungen für eine solche Erklärung der kantonalen Gesetzgebung vorhanden sein, sonst wäre der Richter an sie wegen Überschreitung der den Kantonen in Art. 9 Schl. eingeräumten Kompetenz und daheriger Bundesrechtswidrigkeit der betreffenden kantonalen Vorschriften nicht gebunden[5]. Der Bundesgesetzgeber verfolgte nämlich mit dieser an die Kantone gemachte Konzession in der intertemporalen Gesetzgebung ausschliesslich den Zweck, die kantonalen Gesetzgeber zu veranlassen, den Umfang ihres Ehegüterrechts nach Wissenschaft und Praxis festzustellen.

Das kantonale Recht gilt somit in der Form weiter, in der es sich auf Grund der Neubearbeitungen der kantonalen E. G. nunmehr darstellt, also vermischt mit erbrechtlichen Elementen. Gerade den Fall, wie er sich im bernischen Recht zeigt, hatte der Gesetzgeber beim Erlass des Art. 9 Abs. 1 Schl. im Auge. Im Berner-Recht lässt sich nämlich eine Grenze zwischen den Ansprüchen des überlebenden Ehegatten aus Güterrecht und seinen Ansprüchen aus Erbrecht nicht wohl ziehen. Der Ausdruck „güterrechtlich" des Art. 9 Schl. darf daher

---

[5] Vgl. B. G. E. 42 II, S. 199; 45 II, S. 412 ff.; Praxis, Bd. 5, S. 372; Bd. 8, S. 301 ff.; Mutzner, Komm. zu Schl. 9 N. 88.

gerade hier keine zu strikte Interpretation erfahren. Es darf das alte Recht, das bisher zweifellos erbrechtliche Wirkungen auslöste, nicht in einem zu engen Sinne ausgelegt werden. Hätte Art. 9 Schl. den Kantonen nur erlauben wollen, einen im streng wissenschaftlichen Sinne güterrechtlichen Anspruch in den Geltungsbereich des neuen Rechts hinüberzunehmen, so hätten die Kantone damit auch keine Einwirkung auf das neue Erbrecht ausüben können, sondern sie hätten nur bestimmen können, dass, wenn der altrechtliche Ehegatte nicht rechtsgültig auf das alte Erbrecht verzichte, ihm ein Bruchteil seines unter dem alten Recht rechtsgültigen Anspruches aus Güterrecht zukommen solle, und daneben hätte natürlich das neue Ehegattenerbrecht Geltung gehabt[6]. Es kommt somit der Erklärung, dass der Anspruch des überlebenden Ehegatten güterrechtlicher Natur sei lediglich die Bedeutung zu, dass die diesen Anspruch regelnden Bestimmungen des kantonalen Rechts rechtshistorisch auf güterrechtlichen Anschauungen basieren.

Art. 9 des Schl. hat noch in anderer Beziehung zu Kontroversen Anlass gegeben: er spricht nämlich von güterrechtlichen Wirkungen der Ehe im Verhältnis der Ehegatten „unter sich" (internes Verhältnis) und „Dritten gegenüber" (externes Verhältnis), ohne uns näheren Aufschluss darüber zu geben, welche güterrechtlichen Beziehungen als interner und welche als externer Natur zu betrachten sind.

Diese Spaltung des Güterrechts wurde zuerst vom Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter von 1891 postuliert, und zwar zur Regelung der interkantonalen und internationalen Verhältnisse (vgl. Art. 19 bis 21 leg. cit.). — Ein solcher Kompromissweg wurde 1891 aus fol-

[6] Vgl. Martin, S. 88 bis 91 und Rennefahrt in Z. b. J. V. 50, S. 201 ff.; anderer Meinung Brand, Z. b. J. V. 48, S. 8 ff.

gender Erwägung heraus Gesetz: Es stehen sich im ehelichen Güterrecht zwei Kategorien von schutzwürdigen Interessen gegenüber; die Begünstigung der einen muss notwendigerweise auf Kosten der anderen geschehen. Es sind dies einerseits die Interessen der Ehegatten und ihrer Rechtsnachfolger und andererseits die allgemeinen Verkehrsinteressen, d. h. die Interessen der mit den Ehegatten in rechtliche Berührung kommenden Dritten.

Den Ehegatten, insbesondere der Ehefrau wäre am besten gedient, wenn dem beim Abschluss der Ehe begründeten gesetzlichen oder dem zwischen den Ehegatten vereinbarten vertraglichen Güterstand in allen Rechtsgebieten und während der ganzen Dauer der Ehe unbedingte Geltung zukäme. Allein der allgemeine Verkehr erfordert die grösstmöglichste Gleichheit der güterrechtlichen Verhältnisse aller Ehegatten, die in demselben Rechtsgebiete wohnen.

Eine einseitige Berücksichtigung der Interessen der Ehegatten würde in internationalrechtlicher und intertemporalrechtlicher Beziehung zum Grundsatz der sogenannten Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes führen, während die einseitige Wahrung der allgemeinen Verkehrsinteressen zur sogenannten Wandelbarkeit der ehegüterrechtlichen Verhältnisse führen würde.

Wissenschaft und Gesetzgebung bestrebten sich nun in neuerer Zeit, einen billigen Mittelweg zwischen diesen beiden sich widerstreitenden Interessen zu finden.

Der schweizerische Gesetzgeber glaubte den Interessen der Ehegatten unter sich und ihren Rechtsnachfolgern einerseits, und den Interessen Dritter andererseits anlässlich des Erlasses des Zivr. Verh. G. in interkantonaler und internationaler Beziehung in der Weise gerecht zu werden, dass er unterschied zwischen den güterrechtlichen Wirkungen der Ehe im Verhältnis der Ehegatten untereinander und den güterrechtlichen Wirkungen der Ehe gegenüber Dritten. Für das Verhältnis der Ehegatten

unter sich mit Einschluss ihrer Rechtsnachfolger sollte der Grundsatz der Unwandelbarkeit, für das Verhältnis der Ehegatten zu Drittpersonen aber der Grundsatz der Wandelbarkeit gelten, d. h. gegenüber Dritten sollte das Recht des jeweiligen ehelichen Wohnsitzes Geltung beanspruchen können[7].

Beim Erlass des Z. G. B. vom 10. Dezember 1907 war der Bundesgesetzgeber wieder vor die Alternative gestellt, ob er — diesmal in intertemporalrechtlicher Hinsicht — dem Grundsatz der Unwandelbarkeit oder demjenigen der Wandelbarkeit huldigen wollte, oder ob er den Kompromissweg des Zivr. Verh. G. wählen sollte. Der Bundesrat hatte die absolute Wandelbarkeit vorgeschlagen, jedoch unter dem Vorbehalt, dass den Ehegatten die Möglichkeit belassen werden sollte, sich ihren bisherigen Güterstand durch den Abschluss eines Ehevertrages zu erhalten. Um gegenüber Dritten rechtsgültig zu sein, sollten dieser Ehevertrag und auch schon allfällig vorher begründete vertragliche Güterstände ins Güterrechtsregister eingetragen werden müssen[8].

Der Nationalrat änderte diese Lösung dahin ab, dass für die Beibehaltung des alten Rechts statt eines Vertrages eine blosse Erklärung der Ehegatten bei der zuständigen Behörde genügen sollte und die bereits in einem Güterrechtsregister eingetragenen Eheverträge von Amtes wegen in das neue Güterrechtsregister zu übertragen seien.

Der Ständerat fand aber, dass an Hand dieser Lösung den Interessen der Ehegatten nicht in genügender Weise Rechnung getragen würde, und beschloss, die 1891 für das interkantonale und internationale Recht eingeführte Unterscheidung zwischen güterrechtlichen Wir-

---

[7] Vgl. Mutzner, Komm. zu Art. 9 Schl.

[8] Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betr. die Ergänzung des Entwurfs eines schweiz. Z. G. B. durch Anfügung des O. R.

kungen der Ehe im Verhältnis der Ehegatten unter sich und im Verhältnis zu Dritten von den internationalen und interkantonalen Rechtsverhältnissen, auch auf die intertemporalen Rechtsbeziehungen auszudehnen. Diese Lösung wurde vom Nationalrat widerspruchslos angenommen[9].

Weder der Schl. noch das Zivr. Verh. G. geben uns bestimmte Anhaltspunkte darüber, wie diese Spaltung der Güterrechtsverhältnisse in solche interner und solche externer Natur zu verstehen seien. Dass diese beiden Begriffe miteinander korrespondieren, ist ohne weiteres klar; denn die güterrechtlichen Verhältnisse nach aussen sind im Grunde genommen nichts anderes als die Reflexwirkung des unter den Ehegatten geltenden Güterrechtes. Der Gesetzgeber verwendet in Kenntnis der bisherigen Auslegung des Artikels 19 Zivr. Verh. G. in Art. 9 Schl. fast wörtlich die Wendungen „Verhältnis der Ehegatten unter sich" und „Dritten gegenüber", wie sie schon in Art. 19 Zivr. Verh. G. vorhanden sind. Dies lässt uns nicht darüber im Zweifel, dass er dieselbe Auslegung auch für das intertemporale Recht wollte.

Danach kommt es also für die Beurteilung der Frage, welches Recht anwendbar sei (ob das im internen oder das im externen Verhältnis geltende), darauf an, was für Personen sich gegenüberstehen. Sind es die beiden Ehegatten oder ein Ehegatte und die Erben des andern oder die Erben beider Ehegatten, die einander gegenüberstehen, so löst der Güterstand, der zwischen den Ehegatten besteht oder bestanden hat, seine Wirkungen aus.

Stehen aber die Ehegatten oder einer der Ehegatten rechtlich Personen gegenüber, die die vorhin behandelte (Nichtdritten-)Qualität nicht besitzen, so sollen diese Wirkungen nicht eintreten, sondern es gilt hier die Be-

[9] Eine Ausnahme bilden bloss die Bestimmungen über den ausserordentlichen Güterstand, das Sondergut und den Ehevertrag, die sich nach 1912 für alle Ehen nach dem neuen Recht richten.

stimmung, dass die Ehegatten unter einem anderen Güterrecht — dem des jeweiligen Wohnsitzes — stehen, und zwar selbst dann, wenn dieses Recht den Ehegatten günstiger ist[10].

Es ist hier noch der Art. 248 Z. G. B. zu erwähnen, der die Frage des externen und internen Verhältnisses indirekt streift, indem er sich über die Nichtdrittenqualität der Erben ausspricht. Seine Auslegung ist streitig; so fasst *Reichel* die Bestimmung des Art. 248 Abs. 2 als eine Spezialbestimmung auf[11], und nimmt an, dass sie sich als solche nur auf den Eintrag der durch Ehevertrag oder Verfügung des Richters oder durch Rechtsgeschäft unter den Ehegatten begründeten Verhältnisse beziehe, während die Fortdauer des alten Rechts für die internen Beziehungen der Ehegatten eine gesetzliche Wirkung sei. Er will also den Art. 248 Abs. 2 Z. G. B. nur im Zusammenhang mit Art. 248 Abs. 1 angewendet wissen.

Demgegenüber weist *Mutzner*[12] darauf hin, dass die bisherige Praxis bei der Auslegung von Art. 19 des Zivr. Verh. G. die Erben der Ehegatten nie als Dritte betrachtet hat, trotzdem auch hier eine gesetzliche Wirkung betreffend die Fortdauer des alten Rechts für die internen Beziehungen der Ehegatten in Frage stand. Die gleiche Erwägung, die im interkantonalen und internationalen Recht zur Aufstellung der Bestimmung des Art. 19 Abs. 1 Zivr. Verh. G. führte, nämlich der Schutz der Interessen der Ehegatten, war aber auch bei der Aufstellung der intertemporalen Regel des Art. 9 Abs. 1 Schl. massgebend[13].

---

[10] Vgl. B. G. E. 34 I, S. 736 ff.; 36 II, S. 618; Bl. H. E. XIII, S. 135.

[11] Vgl. Komm. zu Art. 9 Schl. N. 3.

[12] Vgl. Z. S. R. 34, S. 199.

[13] Vgl. Mutzner, Z. S. R. 34, S. 197; Guhl, Z. b. J. V. 46, S. 529.

§ 2.

Die Abänderungen der grundsätzlichen Regelung kraft Willensanordnung.

I. Beibehaltung des alten Rechts.

Der eidgenössische Gesetzgeber machte den Ehegatten insofern eine Konzession, als er ihnen ermöglichte, ihr bisheriges eheliches Güterrecht nach aussen auch nach dem Inkrafttreten des Z. G. B. beizubehalten. Dies konnte geschehen durch Einreichung einer einfachen Beibehaltungserklärung zu Handen des Güterrechtsregisters. Diese Erklärung konnte bestehen in einer von beiden Ehegatten unterzeichneten Urkunde oder in einer ebenfalls von beiden Ehegatten unterfertigten Erklärung zu Protokoll an der zuständigen Amtsstelle. Die Eintragung ins Güterrechtsregister brauchte nicht vor dem 1. Januar 1912 zu geschehen; es genügte, dass die Erklärung vor diesem Zeitpunkt abgegeben war. Der Güterrechtsregisterführer hatte von Amtes wegen die Pflicht, die Beibehaltungserklärungen in formeller und sachlicher Hinsicht zu prüfen. Eine zu Unrecht erfolgte Eintragung musste er von Amtes wegen löschen. Die Publikation der Eintragung ist bundesrechtlich nicht vorgeschrieben. Der Bundesrat bemerkte darüber in seinem Kreisschreiben vom 22. September 1911: „Diese Erklärungen bezwecken ja nur eine Fortsetzung des bisherigen Güterrechtsverhältnisses und haben somit keine Veränderung der Haftungsverhältnisse zur Folge."

Dieser Argumentation muss jedoch entgegengehalten werden, dass durch das Z. G. B. normalerweise gerade eine Veränderung des Güterstandes und der Haftungsverhältnisse herbeigeführt wurde und dass die unveränderte Fortdauer die Ausnahme bedeutete, die durch eine besondere Erklärung bewirkt werden musste. Des-

halb hat das bernische E. G. mit Recht in Art. 141 Abs. 1 auch deren Publikation gemäss Art. 248 Z. G. B. und Art. 13 f. E. G. vorgeschrieben. Der Eintrag und die Veröffentlichung in den staatlich anerkannten Anzeigeblättern war kostenfrei.

An was für Voraussetzungen war nun die Abgabe dieser Erklärung gebunden? Konnte sie nur von solchen Ehegatten abgegeben werden, welche sowohl intern wie auch extern unter dem Recht ihres damaligen Wohnsitzes standen? Diese Frage wurde mehrmals ventiliert und verschieden beantwortet. So sind *Brand*[1], *Ostertag*[2] und *Giesker*[3] der Meinung, dass durch die Erklärung der Ehegatten nach Schl. Art. 9 Abs. 2 ausschliesslich die Diskrepanz des internen und externen Güterstandes vom Gesetzgeber vermieden werden wollte und dies im Interesse der Ehegatten. Allein für diese Ansicht sind im Gesetz keine Anhaltspunkte vorhanden, im Gegenteil: schuf doch der Gesetzgeber selbst, für den Fall, dass die Ehegatten beim Inkrafttreten des neuen Rechts indifferent blieben, die Diskrepanz in Art. 9 Abs. 1 Schl. und bewies dadurch, dass ihm das Interesse der Ehegatten näher lag, als die Vermeidung von Diskrepanzen. Die Ehegatten konnten ja ebensogut ein Interesse daran haben, ihren bisherigen Güterstand — auch dann wenn er extern und intern divergierte — beizubehalten[4]. Die Möglichkeit, ihren extern und intern divergierenden Güterstand im Güterrechtsregister beizubehalten, konnte aber nur solchen Ehegatten zugestanden werden, die zur Zeit der Abgabe der Erklärung in der Schweiz wohnten[5].

Eine weitere Voraussetzung zur Abgabe der Beibehaltungserklärung war die, dass die Ehegatten beim In-

[1] Z. b. J. V. 48, S. 13 ff.
[2] J. Z. VIII, S. 382.
[3] S. 90 f.
[4] Vgl. Mutzner, Z. S. R. 34, S. 195 ff. und Komm. zu Art. 9 Schl. N. 109 f.
[5] Vgl. Z. b. J. V. 48, S. 195.

krafttreten des Z. G. B. unter dem ordentlichen Güterstand lebten[6].

Reichel[7] versteht unter dem Güterstand, den die Ehegatten durch Abgabe der Erklärung beibehalten konnten, den bisherigen internen Güterstand.

War einmal die Erklärung abgegeben, so war das Wahlrecht konsumiert. Eine Abänderung des Güterstandes konnte dann nur mehr durch einen förmlichen Ehevertrag erfolgen[8]. Wenn also Ehegatten nach der förmlichen Abgabe der Beibehaltungserklärung, sich beispielsweise für den ordentlichen Güterstand des Z. G. B. entschliessen sollten, so können sie sich nicht etwa bloss durch Abgabe einer Optionserklärung nach Art. 9 Abs. 3 Schl. den Regeln der Güterverbindung unterstellen. Dies wäre schon vom Standpunkt des Güterrechtsregisters aus nicht möglich, weil die Erklärung nach Art. 9 Abs. 2 Schl. ins Register eingetragen wird, diejenige nach Absatz 3 aber nicht. Es würde also im Register trotz Abgabe der letzteren das kantonale Güterrecht weiter figurieren; jene Erklärung würde demnach Dritten gegenüber gar nicht Rechtskraft erlangen. Ein Widerruf der ins Güterrechtsregister eingetragenen Erklärung der Beibehaltung des bisherigen Rechts aber ist schwerlich denkbar.

Wenn Ehegatten infolge Wohnsitzverlegung in einen anderen Kanton oder Registerbezirk nachdem sie bereits die Beibehaltungserklärung abgegeben hatten, die Gütereinheit im externen Verhältnis eingebüsst haben, so bleiben sie extern unter der Güterverbindung, auch wenn sie später wieder an ihren alten Wohnsitz zurückkehren. Dasselbe gilt auch für die vor dem Inkrafttreten des Z. G. B. zur Eintragung ins Güterrechtsregister angemel-

---

[6] Vgl. Mutzner, Komm. zu Art. 9 Schl. N. 112.
[7] Komm. zu Art. 9 Schl. N. 7.
[8] Vgl. M. b. V. 17 N. 53, Z b. J. V. 50, S. 98.

deten oder von Amtes wegen übertragenen altrechtlichen Eheverträge.

Wenn die Ehegatten ihren Wohnsitz nach Abgabe der Erklärung innerhalb des nämlichen Registerbezirks verlegen, so hat das keinen Einfluss auf die Wirkungen der Beibehaltungserklärung. Der alte Eintrag bleibt rechtskräftig. Eine Vorschrift für die Anzeige des Wohnsitzwechsels an das Güterrechtsregister besteht in diesem Falle nicht[9].

Wirkungen kann ein Wohnsitzwechsel der Ehegatten in einen anderen Registerbezirk nach sich ziehen. Während der ersten drei Monate hat der Gesetzgeber zwar alle unerwünschten güterrechtlichen Wirkungen, die den Ehegatten aus ihrem Domizilwechsel erwachsen konnten, paralysiert. Stirbt also einer der Ehegatten nach der Übersiedlung, aber noch während dieser Frist, so wird die Erbteilung nach den altrechtlichen Grundsätzen vorgenommen. Wird aber die Eintragung im Verlauf der drei Monate nach dem Wohnsitzwechsel im neuen Registerbezirk unterlassen, so geht den Ehegatten in der Folge ihr altrechtlicher Güterstand gegenüber Dritten verloren und kann nicht durch eine neue Erklärung wieder herbeigeführt werden[10]. Dies ergibt sich aus Art. 250 Abs. 2 und 3 Z. G. B. Die analoge Anwendbarkeit dieses Artikels ist zwar nirgends ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber aus der ratio legis[11]. Diese dreimonatige Frist ist demnach eine Verwirkungsfrist; deshalb wurde bei den Beratungen über das bernische E. G. verlangt, dass aus dem ganzen Kanton ein einheitlicher Registerbezirk geschaffen werde[12].

---

[9] Vgl. M. b. V. 16, S. 127, Z. b. J. V. 50, S. 202.

[10] Vgl. Z. b. J. V. 50, S. 98.

[11] Vgl. Gmür, Komm. zu Z. G B. Art. 250 N. 12, Z. b. J. V. 49, S. 525 ff.; Mutzner, Z. S. R. 34, S. 258.

[12] Vgl. Tagbl. d. Grossen Rates, Jahrg. 1910, S. 121 bis 123 und M. b. V. 16, S. 50.

II. Unterstellung unter das neue Recht.

Schon das Zivr. Verh. G. hatte solchen Ehegatten, deren Güterstand durch Wohnsitzveränderung auseinandergefallen war, oder auseinanderzufallen drohte, im interkantonalen Privatrecht die Möglichkeit eingeräumt, dies zu vermeiden, und zwar dadurch, dass es auch für das interne Verhältnis den Grundsatz der Wandelbarkeit statuierte (vgl. Art. 20 leg. cit.). Wollten sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, so mussten sie am neuen Wohnsitz bei der zuständigen Amtsstelle eine dahingehende Erklärung abgeben. Um aber zu verhüten, dass der Ehemann seine Befugnis den ehelichen Wohnsitz zu bestimmen dazu missbrauchte, um sich einem für ihn günstigeren Güterrecht zu unterstellen und dadurch die Frau zu übervorteilen, wurde gesetzlich festgelegt, dass diese Erklärung zugunsten des am neuen ehelichen Wohnsitz geltenden Güterrechts erst nach Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde Rechtswirksamkeit erlange.

Wie oben ausgeführt, hat sich das Z. G. B. für das intertemporale Verhältnis ebenfalls den Grundsatz der externen Wandelbarkeit und der internen Unwandelbarkeit des ehelichen Güterstandes zu eigen gemacht. Deshalb lag es nahe, den Ehegatten, deren Güterrechtsverhältnisse durch das Inkrafttreten des Z. G. B. auseinandergefallen waren, oder auseinanderzufallen drohten, die Möglichkeit zu geben, dieselben wieder in Einklang zu bringen. Vom Erfordernis der behördlichen Genehmigung konnte hier natürlich abgesehen werden; denn die Gründe, die im interkantonalen Recht für eine solche Massnahme vorhanden waren, fallen für das intertemporale Recht ausser Betracht[13].

Die Abgabe der Optionserklärung zugunsten des Z. G. B. ist — im Gegensatz zur Einreichung der Beibe-

[13] Vgl. Mutzner, Z. S. R. 34, S. 286 f.

haltungserklärung — zeitlich nicht beschränkt, mit anderen Worten, sie kann auch nach dem 1. Januar 1912 gültig abgegeben werden. Einige kantonale Gesetzgeber verlangen zwar, dass auch die Erklärung zugunsten der Güterverbindung des Z. G. B. vor dem 1. Januar 1912 der zuständigen Behörde eingereicht werden müsse. Dieser Bestimmung kommt aber lediglich der Charakter einer Ordnungsvorschrift zu.

Ihrem Zwecke entsprechend kann die Erklärung des Schl. Art. 9 Abs. 3 nur von solchen Ehegatten abgegeben werden, die beim Inkrafttreten des neuen Rechtes infolge des Grundsatzes der intertemporalen Wandelbarkeit des ehelichen Güterstandes gegenüber Dritten unter dem ordentlichen Güterstand des Z. G. B., im internen Verhältnis aber unter einem früheren kantonalen Recht stehen. Keine Optionserklärung können demnach solche Ehegatten abgeben, für die im internen Verhältnis ein ausländisches Recht massgebend ist; denn Schl. Art. 9 enthält ausschliesslich intertemporales Recht und die Frage, ob Ehegatten, die unter sich unter einem ausländischen Güterrecht stehen, dieses Güterrecht gegen ein anderes eintauschen können, ist eine Frage, die vom internationalen Recht geregelt werden muss[14].

Ebensowenig kann die Optionserklärung zugunsten des Z. G. B. von solchen Ehegatten abgegeben werden, die vorher die Beibehaltungserklärung nach Schl. Art. 9 Abs. 2 abgegeben hatten[15]. Wollen sie ihre güterrechtlichen Verhältnisse nachträglich dem Z. G. B. unterstellen, so bleibt ihnen als einziger Weg dafür der Abschluss eines Ehevertrags im Rahmen des Z. G. B. offen. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass die Beibehaltungserklärung bei ihrer Abgabe nach Art. 9 Abs. 2

[14] Vgl. Mutzner, Z. S. R. 34, S. 287.

[15] Vgl. Entscheid des bern. Regierungsrates in Z. b. J. V. 50, S. 98; Giesker, S. 90 ff.; Martin, S. 133; Gmür, Komm. zu Art. 248 N. 45 und 52; Mutzner, Komm. zu Art. 9 Schl. N. 140.

Schl. ins Güterrechtsregister übertragen und veröffentlicht wurde, während für die Optionserklärung nach Art. 9 Abs. 3 Schl. weder der Eintrag ins Güterrechtsregister, noch die Publikation verlangt wird. Der eidgenössische Gesetzgeber bestimmt nämlich, dass die Erklärung nach Art. 9 Abs. 3 Schl. — im Gegensatz zur Beibehaltungserklärung — nicht zur Eintragung ins Güterrechtsregister, sondern „bei der zuständigen Behörde" einzureichen sei. Die zu ihrer Entgegennahme von den Kantonen als zuständig erklärte Behörde soll die Erklärung nach Art. 9 Abs. 3 Schl. immer dann zurückweisen, wenn sie von solchen Ehegatten ausgeht, die vor 1912 die Beibehaltungserklärung abgegeben haben[16]. — Auch geht aus dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 Schl. und aus Art. 141 Abs. 2 E. G. hervor, dass die Wandelbarkeit des internen Güterstandes im Sinne der Unterstellung unter das neue Recht den Ehegatten zu dem Zwecke ermöglicht wurde, um eine Divergenz des Güterstandes zu vermeiden[17].

Es ist hervorzuheben, dass die einfache Optionserklärung zugunsten des gesetzlichen Güterstandes des Z. G. B. nur von solchen Ehegatten abgegeben werden kann, deren Güterstand infolge der *intertemporalen* Verhältnisse divergiert; Ehegatten, die eine rechtsgültige Beibehaltungserklärung im Kanton Bern abgegeben hatten und eine Diskrepanz ihres Güterstandes in der Weise provozierten, dass sie ihren Wohnsitz nachher in einen anderen Kanton verlegten, scheiden aus; denn schon durch Abgabe der einen der alternativ zur Verfügung gestellten Erklärungen sind die den Ehegatten zugestandenen Befugnisse konsumiert[18]. Dagegen können auch solche

[16] Vgl. M. b. V. 12, S. 25, Z. b. J. V. 50, S. 98.

[17] Vgl. Gmür, Komm. zu Art. 248 Z. G. B. N. 51; Giesker, S. 90; Martin, S. 133; Mutzner, Z. S. R. 34, S. 287.

[18] Vgl. Martin, S. 133 f.; Mutzner, Z. S. R. 34, S 287, M. b. V. 12, S. 25, Z. b. J. V. 50, S. 98; Gmür, Komm. zu Art. 248 Z. G. B. N. 45 und 52.

Ehegatten durch Abschluss eines Ehevertrages sich sowohl dem ordentlichen als auch einem fakultativen Güterstand des Z. G. B. unterstellen.

Die rechtsgültige Abgabe der Optionserklärung zugunsten des Güterrechts des Z. G. B. erfolgt entweder in Form einer, von beiden Ehegatten unterzeichneten und der zuständigen Behörde eingereichten Urkunde oder aber durch eine von beiden Ehegatten zu Protokoll gegebene und unterzeichnete Erklärung. Diese Erklärung ist — im Gegensatz zu der im Zivr. Verh. G. Art. 20 vorgesehenen — von der zu ihrer Annahme kompetenten Behörde nicht zu *genehmigen*, sondern bloss *entgegenzunehmen*[19]. Es steht den Kantonen frei, über die Abgabe dieser Erklärung ein Register zu führen. Weiter überlässt der eidgenössische Gesetzgeber dem Ermessen der Kantone für die Abgabe dieser Erklärung eine Gebühr zu erheben und deren Publikation vorzuschreiben.

Weil für die Optionserklärung zugunsten des Z. G. B. nur der interne Güterstand in Betracht fällt, der für Dritte nicht von Interesse ist, entbehrt das über die optierenden Ehegatten geführte Register nicht nur der Öffentlichkeit, sondern auch des Rechtes, daraus Auszüge zu verlangen[20].

Die Erklärung bewirkt, dass die Ehegatten sowohl extern als auch intern unter den ordentlichen Güterstand des Z. G. B. zu stehen kommen. Sie muss jedoch vorbehaltlos abgegeben werden, d. h. die Ehegatten können sich nicht etwa dieser Erklärung bedienen, um durch ihr angefügte Verklausulierungen deren Wirkungen zu modifizieren, etwa in dem Sinn, dass der gesetzliche Güterstand, der von nun an für das interne und das externe Güterrechtsverhältnis massgebend sein soll, auf irgend-

---

[19] Vgl. Mutzner, Komm. zu Art. 9 Schl. N. 136.

[20] Vgl. Kuhn, Z. b. J. V. 48, S. 383; Martin, S. 133; Gmür, Komm. zu Art. 248 Z. G. B. N. 51.

eine Weise abgeändert werde[21]. Abänderungen des gesetzlichen Güterstandes können nur dann vorgenommen werden, wenn sich die Ehegatten des Ehevertrages bedienen. Legen sie beispielsweise ihrem Ehevertrag die Güterverbindung zugrunde, so können sie auf diese Weise alle Modifikationen, die das Z. G. B. für die Güterverbindung zulässt, verabreden. So können sie die Ausscheidung des bisherigen ehelichen Vermögens in Mannes- und Frauengut beliebig vornehmen, oder über die Beteiligung am Vor- oder Rückschlag beliebige Abmachungen treffen[22].

Hat nun die Optionserklärung rückwirkende Kraft, d. h. ist es so zu halten, als ob der ordentliche Güterstand der Güterverbindung schon vom Zeitpunkt des Eheabschlusses an Geltung gehabt hätte? Mit Rücksicht auf Art. 1 Schl. muss diese Frage verneint werden[23]. Das neue Recht gilt also nur für diejenigen Vermögensbestandteile, die den Ehegatten seit der Abgabe der Erklärung zugefallen sind. Entgegen *Curti* ist wohl auch anzunehmen, dass es den Ehegatten nicht zusteht, die Rückwirkung zu vereinbaren. Für die Unzulässigkeit der Rückwirkung der Erklärung nach Art. 9 Abs. 3 Schl. spricht auch die Bestimmung von Art. 11 Schl. resp. Art. 188 Z. G. B., wonach durch den Wechsel des Güterstandes, der infolge des Inkrafttretens des Z. G. B. eintritt, die unter dem alten Recht begründeten Haftungsverhältnisse durch eine Alterierung des Güterstandes unberührt bleiben.

Für die Annahme der Nichtrückwirkung spricht auch folgender Umstand: die Rückwirkung würde bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung zwischen den

---

[21] Vgl. Martin, S. 136; Mutzner, Z. S. R. 34, S. 289, anderer Meinung Curti, Komm. zu Art. 9 Schl. N. 14.

[22] Vgl. Mutzner, Z. S. R. 34, S. 289 f.

[23] Vgl. Bühlmann, S. 112 ff; Leemann, S. J. Z. IX, S. 290 ff.; Martin, S. 136; Mutzner, Z. S R. 34, S. 209 und Komm. Art. 9 Schl. N. 142.

Ehegatten eine sehr komplizierte Situation schaffen, indem bei der Ermittlung der gegenseitigen Vermögensansprüche der Ehegatten alle güterrechtlich erheblichen Handlungen, die vor der professio juris und vielleicht mit besonderer Berücksichtigung des früher geltenden Güterrechts stattfanden, gleichsam in das neue Recht transportiert werden müssten, währenddem nach dem Grundsatz der Nichtrückwirkung einfach eine Ausscheidung der Vermögensmassen nach Massgabe des alten internen Güterrechts der Ehegatten zu erfolgen hat. Die Auseinandersetzung geschieht nach den Regeln, welche der betreffende Kanton für den Eintritt der Gütertrennung bei bestehender Ehe aufstellt[24].

Es ist nun noch die Frage zu beantworten, ob die Möglichkeit, die das Zivr. Verh. G. Art. 20 denjenigen Ehegatten gab, deren Güterrechtsverhältnisse infolge Wohnsitzwechsels auseinandergefallen waren, wieder zu vereinigen, mit dem 1. Januar 1912 unmöglich geworden sei. Art. 20 leg. cit. hatte vor 1912 hauptsächlich im interkantonalen Recht Bedeutung, gelangte aber in Verbindung mit Art. 32 auch für internationale Verhältnisse zur Anwendung. Mit der Vereinheitlichung des schweizerischen Rechts ist nun dieser Artikel für die interkantonalen Verhältnisse bedeutungslos geworden. Ehegatten, die infolge eines interkantonalen Wohnsitzwechsels die Einheitlichkeit ihres Güterstandes eingebüsst haben, d. h. die dadurch intern unter einem früheren kantonalen Recht stehen, können, wenn sie vom Abschluss eines Ehevertrages absehen, die Einheit des Güterstandes nur durch die Abgabe der in Art. 9 Abs. 3 Schl. vorgesehenen Erklärung wahren oder wiederherstellen[25].

Dagegen behält Art. 20 des Zivr. Verh. G. in Verbindung mit Art. 32 leg. cit. als internationale Norm,

[24] Vgl. Huber, Privatrecht, S. 362 f.; Giesker, S. 95 f.
[25] Anderer Meinung Wyss, S. 50 f.

d. h. als örtliche Abgrenzungsnorm zwischen dem schweizerischen und ausländischen Recht seine bisherige Bedeutung und ermöglicht den Ehegatten, die intern unter ausländischem Recht stehen, auch ihre Güterrechtsverhältnisse unter sich dem Z. G. B. zu unterstellen.

§ 3.

Die grundsätzliche Stellungnahme des bernischen Gesetzgebers beim Erlass des E. G.

I. Das bisherige Erbrecht der Ehegatten.

Das bernische C. G. B. kannte als einziges ordentliches Güterrechtssystem die Gütereinheit. *Vertragliche* Vereinbarungen unter den Ehegatten konnten sich nie auf Abänderungen der gesetzlichen Gütereinheit beziehen, sondern durften lediglich — in Form von Ehetagen und Eheverkommnissen — das gegenseitige Erbrecht zum Gegenstande haben.

Nach dem System der Gütereinheit ging das ganze Vermögen der Ehefrau — mit der einzigen Ausnahme für ihr vorbehaltenes Gut — beim Eheabschluss in das Eigentum des Mannes über und die Frau behielt lediglich ein Forderungsrecht im Umfange ihres eingebrachten Gutes.

Bei der Auflösung des Güterstandes durch den Tod wurde das eheliche Vermögen nicht liquidiert, sondern der überlebende Ehegatte setzte das Güterrechtsverhältnis in der Eigenschaft als Noterbe fort.

Die Sukzession in das eheliche Vermögen gestaltete sich im Kanton Bern bei Auflösung einer Ehe durch den Tod folgendermassen:

Starb die Mutter unter Hinterlassung von Kindern, so traten die Kinder an ihre Stelle, d. h. sie sukzedierten in die Ersatzforderung ihrer Mutter. Eine Abteilung mit dem Vater fand nur statt, wenn derselbe sich wieder verheiratete. In diesem Fall hatte er den Kindern die Hälfte des Muttergutes herauszugeben; die andere Hälfte verblieb ihm bis zu seinem Tode und wurde (falls er sich inzwischen nochmals verheiratet hatte) von den Kindern erster Ehe als verfangenes Gut vorweg aus der Erbmasse gezogen.

Starb dagegen der Ehemann unter Hinterlassung von Kindern, so erhielt die Mutter das gesamte Ehevermögen, hätte aber im Falle ihrer Wiederverheiratung mit den Kindern abzuteilen und erhielt hiebei einen Kindsteil.

Daneben wurde der überlebende Ehegatte als Noterbe des Vorverstorbenen bezeichnet für den Fall, dass der Verstorbene keine Nachkommen hinterliess.

Es ist klar, dass nicht der ganze Anspruch des überlebenden Ehegatten erbrechtlicher Natur war, wenn er auch vom bernischen C. G. B. im Erbrecht behandelt wird. Vielmehr schloss das Recht des überlebenden Ehegatten am Ehevermögen sowohl güterrechtliche als auch erbrechtliche Momente in sich, die untrennbar miteinander verwachsen sind. Die Behandlung der Ansprüche des überlebenden Ehegatten im Erbrecht ist im Kanton Bern von rein formaler Bedeutung; selbst unter Heranziehung der verschiedenen Entwicklungsphasen, auf die die bernische Gütereinheit zurückblickt, können wir nirgends einen Anhaltspunkt finden für die Trennung der güterrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüche der Gütereinheitsehegatten. — Trotzdem machte *Peter*[1] den Versuch, die beiden Ansprüche voneinander zu trennen. Hiebei legte er der *güterrechtlichen* Auseinandersetzung das Verhältnis des überlebenden Vaters zu seinen Kindern

[1] Z. S. R. 40, S. 23 f.

zugrunde und betrachtete als güterrechtlichen Anteil des Ehemannes (bei der Liquidation des Ehevermögens) dasjenige, was nach Abzug des Frauenvermögens vom Ehevermögen noch übrigblieb. War die Frau der überlebende Teil, so sollte als güterrechtlicher Anteil am Ehevermögen ihr Einbringen betrachtet werden.

Das Nutzungs- und Verfügungsrecht über das Eingebrachte der Frau, das dem Mann sowohl während der Ehe, als auch nach deren Auflösung durch den Tod der Frau zustand, betrachtete Peter ebenfalls als güterrechtlicher Natur. Es bleibt demnach nichts übrig, das als Gegenstand der *erbrechtlichen* Sukzession des Ehemannes betrachtet werden könnte, für den Fall, dass Kinder aus seiner Ehe mit der Erblasserin vorhanden waren; denn am Eingebrachten der Frau hatte ja der Ehemann schon zu deren Lebzeiten Eigentum, könnte also nicht etwa für dessen Betrag Erbe der Frau werden.

Für den Fall, dass aus der Ehe der Erblasserin mit dem Witwer keine Kinder vorhanden waren, kann als Gegenstand der Erbschaft einzig und allein das Forderungsrecht, welches der Frau zu ihren Lebzeiten im Umfang ihres Eingebrachten gegen den Mann zugestanden hatte, angenommen werden[2]. Denn das Eingebrachte der Frau war ja beim Eheabschluss, resp. im Augenblick des Einbringens in sein Eigentum übergegangen.

Diese Konstruktion, deren Zweck bekanntlich die Trennung der güterrechtlichen von den erbrechtlichen Ansprüchen des überlebenden Ehegatten sein soll — versagt aber, wenn die Ehe beerbt war, d. h. wenn die verstorbene Ehefrau sowohl einen Ehemann als auch Kinder aus ihrer Ehe mit ihm hinterliess. In diesem Fall verblieb bei Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau das Ehevermögen im Eigentum des Mannes, ganz wie zu ihren Lebzeiten; das Forderungsrecht, das ihr zu ihren Lebzeiten für ihr Eingebrachtes zugestanden hatte, ging

[2] Vgl. Leuenberger, S. 343 ff.

im Zeitpunkt ihres Todes auf ihre Kinder über. Es war demnach gar kein Objekt vorhanden, in das der Ehemann *kraft Erbrechts* sukzedieren konnte. *Leuenberger*[3] hebt ja auch deutlich hervor, dass im Falle des Vorsterbens der Frau in der Person des Ehemannes überhaupt keine erbrechtliche Sukzession stattfinde, sondern dass der Ehemann einfach bei den ihm schon zu Lebzeiten der Frau am ehelichen Vermögen zustehenden Rechten verbleibe.

Wurde eine beerbte Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst, so wäre als *erbrechtlicher* Anspruch der Witwe nach Peter dasjenige eheliche Vermögen zu betrachten, das nach Abzug des Einbringens der Frau noch übrigblieb. Das Eingebrachte der Frau will ihr Peter, obwohl dasselbe zu Lebzeiten des Mannes in dessen Eigentum stand, bei der (der erbrechtlichen Liquidation vorangehenden) *güterrechtlichen* Auseinandersetzung schon zugestehen. — Das ganze eheliche Vermögen, das beim Tode des Ehemannes auf die Witwe überging, war aber bei beerbter Ehe durch das Anwartschaftsrecht der Kinder beschränkt und dieses Anwartschaftsrecht wuchs im Falle der Wiederverheiratung der Mutter zu einem Teilungsanspruch der Kinder am *ganzen* ehelichen Vermögen an. Sowohl der Anspruch, den Peter der Ehefrau aus *Güterrecht* einräumt, als auch der Anspruch, den er ihr kraft *Erbrechts* zugesteht, ist demnach diesem Teilungsrecht unterworfen. Es wäre also sowohl der güterrechtliche, als auch der erbrechtliche Anspruch der Ehefrau bloss bedingter Natur. Diese Bedingtheit ist jedoch mit den Eigenschaften, die einen Anspruch als güterrechtlicher Natur qualifizieren, nicht vereinbar.

Dies beweist, dass eine Teilung des Anspruches des überlebenden Ehegatten (in einen Anspruch güterrechtlicher und in einen solchen erbrechtlicher Natur) unter

[3] S. 343.

Zugrundelegung desjenigen Vermögens, das bei Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau — nach Abzug des Einbringens der Frau — noch übrigbleibt, unmöglich ist.

Es wäre nun vielleicht noch eine andere Möglichkeit denkbar, um die Ansprüche, die den bernischen Ehegatten nach Auflösung der Ehe durch den Tod zustehen (in solche güterrechtlicher und solche erbrechtlicher Natur) zu teilen: versuchen wir es für die Auseinandersetzung auf den Anspruch abzustellen, den die Witwe bei beerbter Ehe, wenn sie sich wieder verheiratet, am Ehevermögen geltend machen kann. Dieser Versuch führt aber noch weniger zu einem praktischen Resultat, als der vorhin unternommene; dies aus folgenden Gründen: erstens müsste der Kindsteil, den die Witwe im Falle ihrer Wiederverheiratung, bei der Abschichtung mit ihren Kindern erhält, rein willkürlich in zwei Quoten (— eine güterrechtliche und eine erbrechtliche —) gespalten werden, wenn man einen güterrechtlichen und einen erbrechtlichen Anspruch der Witwe konstruieren wollte. — Zweitens hätte man bei einem solchen Teilungsversuch, dem der Kindsteil der Witwe zugrunde gelegt wird, nicht den geringsten Anhaltspunkt für den Anspruch, den man dem Ehemann am ehelichen Vermögen zuerkennen wollte, im Fall wo er der überlebende Teil wäre. Denn ein Teilungsrecht der Kinder am ehelichen Vermögen, ist dem bernischen Recht unbekannt, wenn der Vater der überlebende Teil ist.

Die beiden hier unternommenen Versuche, die auf den ersten Blick eine Möglichkeit eröffnen könnten, die güterrechtlichen und die erbrechtlichen Ansprüche altbernischer Ehegatten auszuscheiden, halten also einer näheren Untersuchung nicht stand.

Zu dem Schluss, dass eine solche Ausscheidung nicht möglich ist, gelangt man übrigens auch an Hand des Zivr. Verh. G. Art. 19 leg. cit. bestimmt, dass die

güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten untereinander sich nach dem Recht des ersten ehelichen Wohnsitzes richten. Bezüglich der *Erbfolge* bestimmt Art. 22 leg. cit., dass dieselbe vom Recht des letzten Wohnsitzes des Erblassers beherrscht wird. — Im Art. 26 enthält nun das Zivr. Verh. G. eine Ausnahme von der Regel, die die Art. 19 und 22 leg. cit. für die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten und für die Erbfolge aufstellen. Für diesen Artikel war ursprünglich durch den Ständerat folgende Fassung vorgeschlagen worden:

„Soweit erbrechtliche Verhältnisse mit dem ehelichen Güterrecht im Zusammenhang stehen, gilt für dieselben das nämliche Recht, welches das eheliche Güterrecht beherrscht."

Obschon dieser Artikel Anlass gab zu Diskussionen und dessen Fassung einer mehrmaligen Abänderung unterzogen wurde, hielt sich der Gesetzgeber doch nicht für befugt, ihn zu streichen, weil er speziell mit Rücksicht auf die bernischen Verhältnisse in die Entwürfe aufgenommen worden war. Schliesslich erlangte der zitierte Artikel — allerdings in etwas veränderter Fassung — Gesetzeskraft als Art. 26 Zivr. Verh. G.

Es ist hier noch hinzuweisen auf die Bestimmung des Art. 9 Schl., der ebenfalls unter Hinweis auf die Verhältnisse, wie sie im Kanton Bern bei Auflösung einer Ehe entstanden, ins Gesetz aufgenommen wurde. Die Tatsache, dass dieser Artikel im Gesetz Aufnahme fand, liefert einen neuen Beweis dafür, dass es dem eidgenössischen Gesetzgeber unmöglich schien, bei Auflösung der bernischen Gütereinheit die güterrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten von dessen Ansprüchen aus Erbrecht zu trennen, ohne dem bernischen Recht Gewalt anzutun.

II. Neukodifizierung des kantonalen Rechts.

1. Frage der Erlaubtheit.

Weil die bernische Gütereinheit das eheliche Güterrecht mit dem Erbrecht des überlebenden Ehegatten — und ausserdem noch mit dem erbrechtlichen Verhältnis zwischen diesem und den Kindern so eng verknüpfte, machte im Kanton Bern die intertemporale Ordnung der Güterrechtsverhältnisse beim Inkrafttreten des Z. G. B. ganz besondere Schwierigkeiten und man konnte lange zu keiner befriedigenden Lösung gelangen.

Schliesslich kam man zum Kompromiss des Art. 150 E. G.: „Haben beide Ehegatten das Inkrafttreten des Z. G. B. erlebt und ihren bisherigen Güterstand sowohl unter sich als auch gegenüber Dritten beibehalten (Art. 144 E. G.), so fällt kraft ihrer Erklärung der Anspruch nach dem neuen Rechte dahin, und es werden die nachfolgenden Bestimmungen des bisherigen Rechts (E. G. 151 und 152) als güterrechtlich bezeichnet."

Der Art. 150 E. G. spricht von den „nachfolgenden Bestimmungen des *bisherigen* Rechts" und versteht darunter die Art. 151 f. leg. cit. In Wirklichkeit decken sich aber diese beiden Artikel keineswegs mit den bis zum 1. Januar 1912 geltenden Bestimmungen des bernischen C. G. B.; vielmehr enthalten sie verschiedene Abänderungen (des als eheliches Güterrecht erklärten kantonalen Erbrechts), die mit der Absicht vorgenommen wurden, dass nach dem Inkrafttreten des eidgenössischen Rechts für die intern und extern altrechtlichen Ehen das kantonale Recht mit diesen Abänderungen — also in einer neuen Fassung — weitergelten solle[4].

Die Befugnis, das bisherige kantonale Recht zwischen dem Erlass und dem Inkrafttreten des Z. G. B. abzuändern, wurde den Kantonen zwar bestritten. Dies mit der Begründung, dass seit dem Erlass des Z. G. B.

[4] Vgl. Mutzner, Komm. zu Art. 9 Schl. N. 93 ff.

den Kantonen praktisch jede Berechtigung abgehe, ihr Recht noch umzuformen und eventuell seine Lebensfähigkeit dadurch noch zu erhöhen[5]. Allerdings gibt *Reichel* zu, dass den Kantonen theoretisch die Befugnis, ihre Gesetze noch rasch vor Torschluss abzuändern, nicht bestritten werden könne, dass aber ein solches Vorgehen „pour le besoin de la cause" nicht angängig sei. Er übt also Kritik an der Tatsache, dass die Kantone ihre Gesetzgebungen ausgerechnet auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Z. G. B. abänderten. Demgegenüber vertritt *Mutzner*[6] die ansprechendere Meinung, dass den Kantonen ihre gesetzgeberische Tätigkeit so lange nicht bestritten werden könne, als sie die Befugnis innehatten, zu legiferieren; diese stand ihnen bis zum 1. Januar 1912 zu. Es handelte sich ja beim Inkrafttreten des Z. G. B. nicht um eine Rechtswandlung in dem Sinne, dass an Stelle des früheren Rechts eine von der gleichen Rechtsquelle ausgehende neue Rechtsordnung trat. Vielmehr kam an Stelle des bisherigen, aus vielen partikularrechtlichen Quellen fliessenden Rechts eine einheitliche Gesetzgebung, die von einer, den kantonalen Gesetzgebungsbehörden, übergeordneten Instanz erlassen wurde. Der eidgenössische Gesetzgeber musste also den Geltungsbereich seiner Rechtsordnung nicht gegen ein von ihm selbst erlassenes Gesetz zeitlich abgrenzen. Vielmehr bestand seine Aufgabe darin, den Herrschaftsbereich seines Gesetzes gegenüber dem kantonalen Recht abzugrenzen. Wahrscheinlich nimmt *Reichel* an, Art. 9 Schl. habe ein subjektives Recht der Ehegatten auf den unveränderten Fortbestand der zur Zeit der Publikation des Z. G. B. in Kraft bestehenden kantonalen Normen schaffen wollen. Eine solche Lösung wäre aber weder ein natürliches Resultat der intertemporalen Rechtssetzung,

[5] Vgl. Reichel, Komm. zu Art. 9 Schl. N. 3 f., anderer Meinung Giesker, S. 11 und Martin, S. 46 ff.

[6] Vgl. Komm. 1. Abschnitt N 20 und Z. S. R. 34, S 207 ff.

noch könnte sie aus dem Wortlaut des Gesetzes gefolgert werden. Es ist im Gesetz kein Anhaltspunkt dafür vorhanden, dass der eidgenössische Gesetzgeber über seine Aufgabe der zeitlichen Abgrenzung des Rechts habe hinausgehen wollen und das zur Zeit der Publikation des Z. G. B. bestehende Recht gewissermassen habe zu Bundesrecht stempeln wollen.

Mit dem Inkrafttreten des Z. G. B. wurde das kantonale Recht formell aufgehoben; gleichzeitig fiel die Fähigkeit der Kantone, auf diesem Gebiet zu legiferieren, dahin. Materiell bleibt aber das kantonale Recht in einem gewissen Umfange bestehen, d. h. das kantonale Recht bleibt massgebend soweit, als die kantonalen E. G. es als anwendbar erklärten. Im ehelichen Güterrecht gilt es für solche Güterrechtsverhältnisse fort, die vor dem Zeitpunkt der Rechtswandelung entstanden sind und nach diesem Zeitpunkt noch weiter dauern. Der Umfang, in dem das kantonale Recht nach 1912 noch Geltung beanspruchen darf, ist umschrieben von den eidgenössischen intertemporalen Kollisionsnormen.

Laut bundesrechtlicher Vorschrift dürfen die Kantone ihr materiell in Geltung bleibendes Recht nach dem Inkrafttreten des Z. G. B. in keiner Weise mehr abändern. Dagegen ist anzunehmen, dass dem kantonalen Gesetzgeber ohne Einschränkung die Befugnis zukam, seine Rechtsordnung *vor* dem 1. Januar 1912 im Sinne einer besseren Anpassung an den vom Z. G. B. geschaffenen neuen Rechtszustand umzuändern. Es stand auch in seinem Ermessen, die von ihm vorgenommenen Modifikationen nach Belieben erst auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesrechts in Geltung zu erklären[7]. Allerdings durften die Kantone — wie schon in § 1 III. ausgeführt wurde — bei der Erklärung ihrer bisherigen Rechtsnormen als „güterrechtlich" nicht rein willkürlich vorgehen, d. h. sie konnten nicht etwa altrecht-

[7] So Mutzner, Z. S. R. 34, S. 199 und S. 213.

liche Gesetzesbestimmungen, bei denen ein Zusammenhang mit dem Güterstand überhaupt nicht bestand, als „güterrechtlich" erklären, sonst hätten sie die Kompetenz, die ihnen der Bundesgesetzgeber in Art. 9 Schl. eingeräumt hat, überschritten.

Der Art. 150 des bernischen E. G. hat noch in einem anderen Zusammenhang zu Kontroversen Anlass gegeben. Er hat nämlich die nach bernischem Recht bestehenden Ansprüche des überlebenden Ehegatten nur für diejenigen Ehen als güterrechtlich erklärt, welche die in Art. 9 Abs. 2 des Schl. vorgesehene Erklärung abgegeben und somit das bernische Erbrecht auch Dritten gegenüber beibehalten haben. Für die übrigen Ehen hat der Kanton Bern in seinem E. G. beim Tode des einen Ehegatten die Liquidation des ehelichen Vermögens und die Beerbung des verstorbenen Ehegatten nach Massgabe der Bestimmungen des Z. G. B. vorgeschrieben, mit anderen Worten er schränkt den Geltungsbereich des bisherigen Rechts auf diejenigen Ehegatten ein, die eine rechtsgültige Beibehaltungserklärung abgegeben haben; für alle übrigen Ehen schreibt er beim Tode des einen Ehegatten die Liquidation des ehelichen Vermögens und die Beerbung des verstorbenen Ehegatten nach Massgabe der Bestimmungen des Z. G. B. vor. *Reichel*[8], *Giesker*[9], *Martin*[10] und *Rennefahrt*[11] fochten diese Regelung als bundesrechtswidrig an, mit der Begründung, dass der Gesetzgeber nach dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 Schl. die ihm vom eidgenössischen Gesetzgeber eingeräumten Befugnisse überschreite, wenn er die Weitergeltung des bisherigen Güterrechts nur unter der Einschränkung zulasse, dass die erwähnte Erklärung abgegeben wurde.

---

[8] Komm. zu Art. 9 Schl. N. 4.
[9] S. 72 ff.
[10] S. 91 ff.
[11] Z. b. J. V. 50, S. 197 ff.

Diese Kritik übersieht aber, dass der Kanton seine Befugnis zu legiferieren bis zum Inkrafttreten des Z. G. B. unbeschränkt beibehielt[12]. Auch *Merz, Scheurer, Schorer* und *Huber* äusserten sich in einer Diskussion im bernischen Juristenverein für die Rechtsgültigkeit der im E. G. vorhandenen Gesetzesbestimmungen[13].

Nach diesen Ausführungen dürfte für uns der rechtsgültige Bestand der als „güterrechtlich" erklärten Bestimmungen des bernischen E. G. ausser Zweifel sein. Mit der Klärung der Streitfragen, die das Güterrecht des E. G. hervorgerufen hat, und mit der Anerkennung desselben stehen wir aber vor einer weiteren Schwierigkeit[14]: wir haben nämlich zu untersuchen, ob es zulässig sei, das frühere kantonale Recht zum Zwecke der Auslegung und eventuell zur Ergänzung dieser neuen Kodifikation heranzuziehen.

Gmür[15] bejaht diese Frage vorbehaltlos und stützt sich dabei auf Art. 5 Z. G. B. *Mutzner* dagegen unterscheidet zwischen der *Auslegung* der einzelnen Normen nach ihrer historischen Entwicklung und der *Ergänzung* einer unvollständigen Gesetzesvorschrift. Für die Auslegung eines Rechtssatzes an Hand seiner historischen Entwicklung erklärt er das altkantonale Recht als zweifellos anwendbar. Dagegen läuft die Frage der Ergänzung seiner Ansicht nach letzten Endes auf die Prüfung der Frage hinaus, ob der bernische Gesetzgeber eine frühere Bestimmung *absichtlich* oder aus Versehen nicht in das E. G. aufgenommen habe. Im Zweifel wird man das letztere annehmen müssen und das führt für die Ergänzung einer unvollständigen Gesetzesvorschrift des E. G. zur subsidiären Heranziehung des Z. G. B. Denn das kantonale Recht ist ja — mit Ausnahme der als

---

[12] Vgl. Mutzner, Z. S. R. 34, S. 230.
[13] Vgl. Z. b. J. V. 50, S. 202.
[14] Vgl. Mutzner, Z. S. R. 34, S. 213.
[15] Vgl. Komm. zu Art. 199 Z. G. B. N. 26.

„güterrechtlich" erklärten Bestimmungen des Familien- und Erbrechts — am 1. Januar 1912 auf der ganzen Linie ausser Kraft erklärt worden. Ausserdem sollen die Normen des Z. G. B. und O. R. nach Art. 172 E. G. zur Ergänzung herbeigezogen werden für diejenigen zivilrechtlichen Verhältnisse, deren Ordnung dem kantonalen Recht überlassen bleibt. Es muss also auch die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des Z. G. B. als subsidiäres kantonales Recht mangels abweichender Anhaltspunkte als im Willen des Gesetzgebers liegend angenommen werden.

2. Inhalt der Abänderungen.

Die Abänderungen, die das E. G. auf dem Gebiete des als eheliches Güterrecht erklärten Familien- oder Erbrechts im Kanton Bern erfahren hat, sind folgende:

1. Nach dem bernischen C. G. B. war die Witwe Alleinerbin des ganzen ehelichen Vermögens, wenn ihr Mann vorverstarb. Die aus dieser Ehe stammenden Kinder hatten aber ein Verfangenschaftsrecht auf das eheliche Vermögen mit Ausnahme des Sonderguts der Witwe. Durch das Inkrafttreten des neuen Rechtes wurde nun das Verfangenschaftsrecht der Kinder auf dasjenige Vermögen beschränkt, das die Witwe im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Z. G. B. besass. Die Ausscheidung des verfangenen Vermögenskomplexes konnte durch Aufnahme eines Inventars bewirkt werden.
2. Das Verfangenschaftsrecht der Kinder an Grundstücken kann neuerdings durch Anmerkung im Grundbuch sichergestellt werden.
3. An Stelle der verweigerten Zustimmung mündiger Kinder zu einer wesentlichen Kapitalveränderung, die das verfangene eheliche Vermögen zum Gegenstand hat, kann die Ermächtigung durch den Richter treten.

4. Die Witwe sowie ihre Gläubiger können jederzeit die Teilung des ehelichen Vermögens verlangen. Das Recht, die Teilung zu verlangen, steht denjenigen Gläubigern der Witwe zu, die bei der Betreibung der Witwe aus deren freien Vermögen nicht befriedigt worden sind. Sie können nunmehr mit dem ihnen eingeräumten Recht auf Teilung auch auf den der Witwe zufallenden Teil des ehelichen Vermögens greifen.

Unbedingte Geltung beanspruchen die Regeln des neuen Rechts für den Erbgang. Die Satzungen 526, 537 und 543 des bernischen C. G. B. hinsichtlich des Heergerätes und der Gerade werden ersetzt durch die Vorschriften des Z. G. B. über die Teilungsart (Art. 610 ff. Z. G. B.); das Manifestationsrecht der Satzungen 535 und 536 des bernischen C. G. B. ist aufgehoben ; das Vorrecht des jüngsten Sohnes ist ersetzt durch die Bestimmungen über das bäuerliche Erbrecht (Art. 72 E. G. und Art. 620 Z. G. B.). An Stelle der Enterbung des bernischen C. G. B. tritt von 1912 an die Enterbung und die Erbunwürdigkeit des neuen Rechts (Art. 477 ff. und 540 ff. Z. G. B.).

III. Die erbrechtlichen Folgen der Optionsmöglichkeiten, die den Ehegatten für ihre Güterrechtsverhältnisse zur Verfügung standen.

Gemäss Art. 9 Schl. und Art. 141 E. G. stand 1912 den Ehegatten im Kanton Bern für die Regelung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse ein dreifaches Optionsrecht zu.

Das Gesetz gab ihnen einmal die Möglichkeit, ihre Güterrechtsverhältnisse durch eine (Beibehaltungs-)Erklärung auch für die Zeit nach dem 1. Januar 1912 dem altbernischen Recht zu unterstellen. — Ebenso konn-

ten sie durch eine (Options-)Erklärung zugunsten des Z. G. B. bewirken, dass ihre güterrechtlichen Verhältnisse vom 1. Januar 1912 an vom neuen Recht beherrscht wurden. — Machten sie weder von der einen, noch von der anderen der ihnen zur Verfügung gestellten Erklärungen Gebrauch, so trat von Gesetzes wegen eine Spaltung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse ein: ihr Güterstand gegen Dritte unterstand vom 1. Januar 1912 an den Vorschriften, die das Z. G. B. für die Güterverbindung aufstellt; dagegen blieben für den Güterstand der Ehegatten unter sich die Bestimmungen des altbernischen Rechts massgebend.

Es sollen nun hier die rechtlichen Wirkungen, insbesondere auf dem Gebiete des Erbrechts, ermittelt werden, die der Gesetzgeber an diese drei Optionsmöglichkeiten knüpft.

1. Rechtswirkungen für „altbernische" Ehegatten.

Denjenigen Ehegatten, die vor dem 1. Januar 1912 eine rechtsgültige Beibehaltungserklärung abgegeben haben, ist das bernische Erbrecht in der Fassung des E. G. gesichert (vgl. Art. 150 E. G.). Das eheliche Vermögen vererbt sich demnach beim Tode eines Ehegatten nicht etwa nach dem bisherigen kantonalen Recht in seiner ursprünglichen Fassung — denn dieses wurde ja mit dem Inkrafttreten des bernischen E. G. wirkungslos —, sondern es gelten für altrechtliche Ehegatten sowohl zu ihren Lebzeiten als auch bei Auflösung der Ehe durch den Tod, die güterrechtlichen Bestimmungen des E. G. Diese Regelung gilt jedoch nur für das eheliche Vermögen; für die Vererbung von Sondergut beansprucht das neue Recht Geltung, mit anderen Worten wenn eine Ehe, die auf Grund der Beibehaltungserklärung auch nach 1912 noch unter dem bisherigen Recht verblieben ist, durch den Tod aufgelöst wird, so vererbt sich das

Sondervermögen nicht etwa nach dem bernischen Recht, sondern es kommen die Bestimmungen, die das Z. G. B. für die gesetzliche Erbfolge aufgestellt hat, zur Anwendung. Dies natürlich unter der Voraussetzung, dass keine rechtsgültige Verfügung von Todes wegen vorliegt.

Für altbernische Ehen spielte zwar das Sondergut seinem Werte nach eine geringe Rolle. Gesetzliches Sondergut des Mannes waren bloss die zu seinem persönlichen Gebrauche dienenden Gegenstände und vertragliches Sondergut des Mannes kannte das bernische Recht nicht. Es wäre solches mit der altbernischen Gütereinheit, die die absolute Haftung des Mannes für alle ehelichen Schulden postulierte, nicht vereinbar.

Gesetzliches Sondergut der Frau war ihre Gerade. Vertraglich konnte ihr der Ehemann eine gewisse Summe zu ihrem willkürlichen Gebrauche aussetzen, der ebenfalls Sondergutsqualität zukam (— das sog. Nadelgeld). Dritte, die ihr im dritten oder in einem noch näheren Grade verwandt waren, konnten ihr durch Vertrag in beliebigem Umfang Sondergut zusichern.

Praktisch wird aber auch der Wert des Sondergutes der Frau im Verhältnis zum Umfang des ehelichen Vermögens in weitaus den meisten Fällen keine nennenswerte Rolle gespielt haben; denn wäre die Verabredung von Sondergut zugunsten der Frau in einem beliebigen Umfang die Regel gewesen, so wären dadurch gerade die typischen Merkmale der bernischen Gütereinheit paralysiert worden.

Art. 9 Abs. 1 Schl. behielt für das Sondergut schlechthin und ohne nähere Präzisierung das neue Recht vor. Das gab Anlass zu einer Kontroverse. *Kuhn*[16] und *Gmür*[17] wollen nämlich nur für die *Vererbung* des Sondergutes das neue Recht angewendet wissen, während für die *Konstituierung* von Sondergut die Regelung des Z.

[16] Z. b. J. V. 48, S. 426 ff.
[17] Komm. zu Art. 179 Z. G. B. N. 34.

G. B. für altbernische Ehegatten nicht Gesetzeskraft erlangen sollte; mit anderen Worten sie bestreiten den Ehegatten, die ihren bisherigen Güterstand auch gegen Dritte beibehalten haben, das Recht, nach dem 1. Janaur 1912 Sondergut zu vereinbaren. Dies mit der Begründung, dass durch die Zulassung von Sondergutsverabredungen in beliebigem Umfang die Wirkungen der Gütereinheit annulliert würden und dass die beliebige Verabredung von Sondergut nur denjenigen Ehegatten zustehe, deren Güterrechtsverhältnisse einem der im Z. G. B. vorgesehenen Güterstände unterstellt seien. Es hätte demnach für bernische Ehegatten die Konstituierung von Sondergut notwendigerweise den Wechsel des Güterstandes zur Voraussetzung.

Vogel[18] in seinem Referat im bernischen Juristenverein, sowie mehrere Votanten nahmen unter Hinweis auf Art. 9 Schl. die gegenteilige Stellung ein und geben somit altbernischen Ehegatten das Recht nach 1912 im Rahmen des Z. G. B. beliebig Sondergut zu vereinbaren. Diese Ansicht, der wohl beizupflichten ist, stützt sich auf die Tatsache, dass das Z. G. B. das Sondergutsrecht völlig unabhängig von den einzelnen Güterständen, also in einer auch für Altberner zwingenden Weise regelt[19].

Im Zusammenhang mit der erbrechtlichen Stellung altbernischer Ehegatten nach dem 1. Januar 1912 ist noch der Sinn des Art. 146 des bernischen E. G. zu untersuchen. Dieser Artikel lautet: „Vermögliche Eltern, für deren Güterstand unter sich das Güterrecht des alten Kantonsteils gilt, sind verpflichtet, den Kindern, die in eine ehrbare Ehe treten, auf Rechnung ihres Pflichtteiles eine Ehesteuer zu geben."

Aus dieser Gesetzesvorschrift könnte der Schluss gezogen werden, dass auch solche Eltern zur Verabreichung

[18] Z. b. J. V. 50, S. 122 ff.

[19] Vgl. Bühlmann, S. 85; Mutzner, Z. S. R. 34, S. 255 und Komm. zu Art. 9 Schl. N. 79.

einer Ehesteuer an ihre Kinder verpflichtet seien, die extern unter dem neuen, intern unter dem alten Recht stehen. Dem ist aber nicht so, sondern diese Bestimmung wurde in das E. G. aufgenommen lediglich mit Rücksicht auf den Fall, wo die Teilung des elterlichen Vermögens bis nach dem Tode des zweiten Elternteils vertagt wird. Der Anspruch der Kinder auf eine angemessene Aussteuer bildet somit hier ein Äquivalent für die Hinausschiebung der Teilung und die damit zusammenhängende geringere wirtschaftliche Selbständigkeit der Kinder, solange noch eines ihrer Eltern am Leben ist.

Stehen die Eltern nur intern unter dem alten Recht, so wird, wie wir später sehen werden, beim Tode des einen Elternteils der Erbfall liquid; somit wären in diesem Fall die Ansprüche der Kinder gegen ihre Eltern nicht gerechtfertigt. Dass diese Interpretation die richtige ist, lehrt uns auch die Entstehungsgeschichte des Art. 146. Er wurde nämlich in die Entwürfe des E. G. aufgenommen, als noch die Lösung vorschwebte, dass diejenigen Ehegatten extern und intern unter dem alten Recht verbleiben sollten, die vor dem 1. Januar 1912 keine Erklärung abgegeben hatten. Als dann während der zweiten Beratung die zum Gesetz gewordene Lösung aufgenommen wurde, war man darüber einig, dass die Ehesteuerpflicht nur für solche Ehegatten bestehe, welche extern und intern unter dem alten Gesetz verbleiben. In diesem Sinne sprach sich auch Justizdirektor *Scheurer* aus[20]. — *Reichel*[21] fasst die Bestimmung des Art. 146 E. G. als zum Eltern- und Kindesrecht gehörig auf, das bekanntlich vom Z. G. B. allgemein verbindlich geregelt wird. Er spricht ihr den Zusammenhang mit dem ehelichen Güterrecht ab und ne-

[20] Vgl. Tgbl. d. Gr. Rates, Jhg. 1911, S. 126; Brand, Z. b. J. V. 48, S. 17 f.; Mutzner, Z. S. R. 34, S. 231 f.

[21] Komm. zu Art. 12 Schl. N 3.

giert daher die Kompetenz des bernischen Gesetzgebers eine solche Bestimmung zu erlassen. Demgegenüber vertritt *Mutzner*[22] die Ansicht, dass kein Grund bestehe, die erwähnte Gesetzesbestimmung nicht zuzulassen, sofern sie nur für Ehegatten, die extern und intern unter bernischem Recht stehen, Geltung beansprucht. Denn in diesem Fall kann der Zusammenhang der Ausstattungspflicht mit dem altbernischen Güterrecht, das auch nach dem Tode des einen Ehegatten fortdauert, nicht geleugnet werden.

2. Rechtswirkungen für Ehegatten mit divergierendem Güterstand.

Laut Art. 9 Abs. 1 Schl. sollen für die Beziehungen der Ehegatten untereinander für bereits bestehende Ehen auch nach dem Inkrafttreten des Z. G. B. die als güterrechtlich erklärten Vorschriften des bisherigen Familien- oder Erbrechts ipso jure weiter gelten. Es sollen also alle Ehegatten, die beim Inkrafttreten des Z. G. B. indifferent geblieben waren, für ihre internen güterrechtlichen Beziehungen das bisherige Recht beibehalten.

Nach der Ansicht des bernischen Obergerichts wurde mit dieser Lösung dem bisherigen Recht im Kanton Bern zeitlich eine zu weit ausgedehnte Wirkungsmöglichkeit zugestanden, die durch das kantonale E. G. eingeschränkt werden sollte. In dieser Absicht wurde denn auch bei den Beratungen des bernischen E. G. die Frage aufgeworfen, ob es nicht zweckmässiger wäre, vom Inkrafttreten des Z. G. B. an solche Ehegatten, die vor dem 1. Januar 1912 keine Beibehaltungserklärung abgegeben hatten, auch intern der Güterverbindung des Z. G. B. zu unterstellen. Das bernische Obergericht sprach sich in seinem Bericht vom 25. Juni 1909 bei Gelegen-

---

[22] Komm. zu Art. 9 Schl. N. 96, Z. S. R. 34, S. 232 f.; B. G. E. 44 II, S. 16; Praxis VII, S. 116 ff.

heit der Beratung des Gesetzesentwurfs betreffend die Einführung des schweizerischen Z. G. B. an die Justiz-Direktion des Kantons Bern in diesem Sinne aus[23]:

„Für Ehegatten, die vor dem 1. Januar 1912 keine Erklärung im Sinne des Art. 9 Abs. 2 oder 3 abgegeben haben, gelten im alten Kantonsteil mit Bezug auf die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe auch im Verhältnis der Ehegatten unter sich die Bestimmungen von Titel VI Abschnitt 2 Z. G. B. (Art. 194 ff.), jedoch mit folgenden Modifikationen:

1. Das dem Ehemann vor dem 1. Januar 1912 von der Ehefrau zugebrachte Vermögen verbleibt im Eigentum des Ehemannes, und es hat die Ehefrau für den daherigen Wert im Sinne der Satzung 88 bern. C. G. B. nur eine Frauengutsforderung gemäss Art. 199 Z. G. B. Das der Ehefrau vom Ehemann gemäss den Bestimmungen des Gesetzes vom 26. Mai 1848 vor dem 1. Januar 1912 eigentümlich herausgegebene Vermögen verbleibt ihr Eigentum, steht aber betreffend die Verwaltung und Nutzniessung unter den Regeln der Güterverbindung (Art. 194 ff. Z. G. B.).
2. Im Falle der Gütertrennung (Art. 189 Z. G. B.) oder der Auflösung der Ehe durch Scheidung oder Tod (Art. 154 und 212 bis 214 Z. G. B.) kommen die Bestimmungen des Z. G. B. über die Verteilung eines Vor- oder Rückschlages des ehelichen Vermögens nicht zur Anwendung.

Der Vorschlag des bernischen Obergerichts hätte aber einen zu weitgehenden Eingriff in die von den Ehegatten bereits erworbenen Rechte bedeutet. Deshalb wurde von dieser Lösung abgesehen[24]. — Dagegen wurde die Wir-

[23] Vgl. Z. b. J. V. 45, S. 185 ff.

[24] Vgl. Tgbl. d. Gr. Rates, Jhg. 1910, S. 263 ff., 388 ff; 1911, S. 20 ff., 44 ff., 68 ff., 117 ff.; Z. b. J. V. 46, S. 125, 427 und Z. b. J. V. 47, S. 139.

kung des Art. 9 Schl. in dem Sinne modifiziert, dass die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten, die beim Inkrafttreten des Z. G. B. indifferent geblieben waren, sich künftig wohl nach dem E. G. richten sollen, dass aber in allen Todesfällen, die nicht unter Art. 148 bis 152 E. G. fallen, das Erbrecht des Z. G. B. gelten solle; mit anderen Worten es kommt nach dem bernischen E. G. für diejenigen Ehegatten, die keine Beibehaltungserklärung abgegeben haben, das Erbrecht des Z. G. B. zur Anwendung. Für die der erbrechtlichen Liquidation des Ehevermögens vorangehende güterrechtliche Auseinandersetzung gelten die Regeln, die das Z. G. B. für die Liquidation des ehelichen Vermögens vorsieht, für den Fall, dass die Ehegatten vom Güterstand der Gütereinheit zur Gütertrennung übergehen.

In diesem Zusammenhang ist vielleicht noch die Frage zu erörtern, wie sich die erbrechtliche Auseinandersetzung für diejenigen bernischen Ehegatten gestaltet, die wohl eine rechtsgültige Beibehaltungserklärung abgegeben haben, die jedoch ihren altrechtlichen Güterstand gegen Dritte später infolge Wohnsitzwechsels verloren haben. Bernische Ehegatten, die eine Beibehaltungserklärung abgegeben haben, können das kantonale Recht in externer Beziehung aus zwei Gründen einbüssen: Erstens dadurch, dass sie nach Abgabe einer rechtsgültigen Beibehaltungserklärung in einen anderen Registerbezirk übersiedeln und dabei unterlassen, ihren Güterstand innerhalb drei Monaten (seit dem Wohnungswechsel) zur Eintragung ins Güterrechtsregister ihres neuen Wohnsitzes anzumelden; zweitens dadurch, dass sie nach Abgabe der Beibehaltungserklärung in einen anderen Kanton übersiedeln. In diesem letzteren Fall fehlt ihnen die Möglichkeit, ihr bisheriges Güterrecht gegen Dritte ins Güterrechtsregister ihres neuen Wohnsitzes eintragen zu lassen. Wenn also ein beim Inkrafttreten des Z. G. B. in Bern domiziliert gewesenes Ehepaar später seinen Wohnsitz nach dem Kan-

ton Aargau verlegt, so kann es dort nicht den altbernischen Güterstand nach aussen beibehalten und es findet demgemäss auch eine Übertragung des Registereintrages in das aargauische Güterrechtsregister nicht statt. Wurde trotzdem irrtümlicherweise im Güterrechtsregister ein solcher Eintrag vorgenommen, so ist er rechtlich irrelevant[25].

Es ist darauf hinzuweisen, dass das bernische E. G. die Beibehaltung des bisherigen Ehegattenerbrechts von der rechtsgültigen Abgabe der Erklärung nach Art. 9 Abs. 2 Schl. abhängig macht. Mit der Abgabe der Erklärung am bernischen Wohnsitz (vor dem Inkrafttreten des Z. G. B.) haben somit die Ehegatten die Bedingung erfüllt, die das E. G. an die Beibehaltung des bernischen Erbrechts knüpft. Weder die Versäumung des Eintrags im neuen Registerbezirk, noch die Unmöglichkeit, in einem anderen Kanton einen auf die externe Beibehaltung bezüglichen Eintrag erwirken zu können, hat die Folge, dass das altbernische Erbrecht demjenigen des Z. G. B. weichen müsste. Die durch die Erklärung des Art. 9 Abs. 2 Schl. erworbenen Rechte des überlebenden Ehegatten bleiben, weil sie interner Natur sind, durch den Domizilwechsel unberührt; denn dieser alteriert nur den gegenüber Dritten geltenden Güterstand[26].

3. Rechtswirkungen für Ehegatten mit rein neurechtlicher Stellung.

Dieser Abschnitt behandelt die vermögens- und erbrechtliche Stellung derjenigen Ehegatten, die ihre Güterrechtsverhältnisse durch eine Optionserklärung sowohl unter sich als auch gegenüber Dritten dem Z. G. B. unterstellt haben.

---

[25] Vgl. Mutzner, Komm. zu Art. 9 Schl. N. 123.

[26] Vgl. Mutzner, Komm. zu Art. 9 Schl. N. 124 und Z. S. R. 34, S. 231 N. 134 f., Z. b. J. V. 52, S. 183 ff.; Wyss, S. 46.

Im Kanton Bern ist der Handelsregisterführer zur Entgegennahme solcher Erklärungen kompetent; er führt darüber ein besonderes Register. Der Kanton Bern schreibt ferner die Publikation dieser Erklärung im Amtsblatt und in den Amtsanzeigern vor; Gebühren dürfen bei ihrer Abgabe nicht erhoben werden.

Wie aus Artikel 9 Abs. 3 Schl. hervorgeht, sind die Ehegatten für die Abgabe der Optionserklärung zugunsten des Z. G. B. an keine Frist gebunden. Wenn das bernische E. G. trotzdem in Art. 141 Abs. 2 die Bestimmung aufstellt, dass auch die Optionserklärung zugunsten des Z. G. B. vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts abzugeben war, so kann dieser kantonalen Vorschrift lediglich der Charakter einer Ordnungsvorschrift zukommen; denn es ist kein Grund zu einer solchen Beschränkung vorhanden, vielmehr liegt es gerade im Interesse der Rechtssicherheit, dass noch recht viele Ehegatten, die sich bisher passiv verhielten, sich nach dem 1. Januar 1912 noch dem neuen Recht unterstellen. Es ist demnach anzunehmen, dass es den bernischen Ehegatten freisteht, auch nach dem 1. Januar 1912 ohne weitere Förmlichkeiten ihre Güterrechtsverhältnisse, die infolge des Inkrafttretens des Z. G. B. divergieren, auch unter sich dem neuen Recht zu unterstellen und auf diese Weise die Einheitlichkeit des Güterstandes zu bewirken[27].

Im Kanton Bern zieht die Optionserklärung zugunsten des Z. G. B. eine güterrechtliche Auseinandersetzung nach sich; denn das eheliche Vermögen der Güterverbindung des Z. G. B. bildet nur hinsichtlich der *Verwaltung* eine Einheit; dagegen bleibt das *Eigentum* am Ehevermögen getrennt. — Im Gegensatz dazu stehen bei der bernischen Gütereinheit alle Bestandteile des ehelichen Vermögens im Eigentum des Mannes.

[27] Vgl. Mutzner, Z. S. R. 34, S. 288 und Komm. zu Art. 9 Schl. N. 138, Z. b. J. V. 48, S. 377, Kreisschreiben des Bundesrates vom 22. September 1911 und die Ausführungen unter § 2 II oben.

Die güterrechtliche Auseinandersetzung, die durch die Optionserklärung provoziert wird, wirkt — wie schon im § 2 II oben ausgeführt wurde — mit Rücksicht auf die Haftungsverhältnisse bloss auf den Zeitpunkt der Optionserklärung zurück. Wenn demnach eine bernische Ehefrau vor der güterrechtlichen Auseinandersetzung Vermögen eingebracht hatte, so bleibt dasselbe auch nach Abgabe der Optionserklärung im Eigentum des Mannes; die Sicherungsmittel, die ihr das bernische Recht für ihr Eingebrachtes eingeräumt hatte, fallen mit der Abgabe der Optionserklärung dahin und der Ehemann erlangt uneingeschränktes Eigentum. Wird in der Folge die Ehe durch den Tod des Ehemannes aufgelöst, so beschränkt sich der güterrechtliche Anspruch der Witwe bloss auf dasjenige Vermögen, das sie dem Manne eingebracht hat, ohne daran ihr Eigentum zu verlieren. Es ist dies das nach Abgabe der Optionserklärung eingebrachte Vermögen plus ein Drittel des Vorschlages.

Die Tatsache, dass das Ehevermögen, wie es sich zur Zeit der Abgabe der Optionserklärung bezifferte, im bernischen Rechtsgebiet im Eigentum des Mannes verblieb, kann unter Umständen die vermögensrechtliche Stellung der Ehefrau sehr ungünstig beeinflussen. Dies ist am besten aus einem Beispiel ersichtlich. Nehmen wir an, eine bernische Ehefrau habe vor Abgabe der Optionserklärung Fr. 100,000 eingebracht. Nach Abgabe der Optionserklärung brachte sie noch 10,000 Franken ein. Nun stirbt der Ehemann und das eheliche Vermögen beträgt bei seinem Tode inklusive den Vorschlag 149,000 Franken. Der güterrechtliche Anspruch der Ehefrau beträgt hier bloss 23,000 Franken (10,000 Franken Eingebrachtes plus ein Drittel des Vorschlags). Das nach Abzug des güterrechtlichen Anspruches der Frau noch vorhandene Vermögen — in unserem Beispiel sind es 126,000 Franken — bildet die Erbmasse. Die

Witwe erlangt also an dem bereits vor Abgabe der Optionserklärung eingebrachten Vermögen neben den anderen Erben ihres Mannes bloss *erbrechtliche* Ansprüche und muss sich für ihr vor der Abgabe der Optionserklärung eingebrachtes Vermögen eine Erbteilung schon beim Tode ihres Ehemannes gefallen lassen. Das widerspricht dem Billigkeitsgefühl, konnte jedoch vom Gesetzgeber nicht vermieden werden; denn hätte er die Rückwirkung der güterrechtlichen Auseinandersetzung auf den Zeitpunkt des Eheabschlusses festgelegt, so wäre er dadurch mit den Interessen Dritter in Kollision geraten (vgl. Art. 11 Schl. und Art. 188 Z. G. B.).

2. Kapitel.

Die erbrechtliche Stellung „altbernischer" Ehegatten.

§ 4.

Die erbrechtliche Stellung der bernischen Witwe.

I. Wenn nur Kinder aus früherer Ehe des Erblassers vorhanden sind.

In diesem Falle ist das rohe eheliche Vermögen in seine Bestandteile zu zerlegen[1]. Der Mann hat bei Eingehung der zweiten Ehe mit den Kindern erster Ehe nicht geteilt; er hat ihnen bei ihrer Mündigkeit bloss die Hälfte des Muttergutes herausgegeben, die andere Hälfte hat er in die zweite Ehe eingebracht. Diese zweite Hälfte ist auszuscheiden und geht vorweg an die Kinder der ersten Ehe zurück. Ebenso ist das Frauengut zweiter Ehe auszusondern (vgl. Art. 151 Ziff. 5 E. G.); denn die Kinder erster Ehe sind in bezug auf das Frauengut zweiter Ehe Dritte und haben somit keinen Erbanspruch darauf. Die Früchte und der Vorschlag aus dem Frauengut bleiben Eigentum des Mannes und fallen daher in die Erbmasse. Das Vermögen, das nach Abzug der beiden Frauengüter und allfälliger Sondergüter noch übrigbleibt, bildet das eheliche Vermögen und vererbt sich auf die Witwe und die Kinder früherer Ehe des Erblassers zu einem Kopfteil (vgl. Art. 149 Abs. 3 und 151 Ziff. 3 E. G.).

[1] Vgl. Leuenberger, S. 353 f.; Wyss, S. 89.

II. Wenn Kinder des Erblassers aus früherer und aus letzter Ehe vorhanden sind.

Hier sind die nämlichen Vermögenskomplexe auszuscheiden wie im vorhergehenden Fall. Die zweite Hälfte des Frauengutes erster Ehe geht vorweg an die Kinder erster Ehe; das Frauengut zweiter Ehe fällt ins Eigentum der Frau zurück, ist aber den Kindern zweiter Ehe verfangen (vgl. Art. 151 Ziff. 5 E. G.). Das nach Abzug dieser Komplexe noch übrigbleibende Vermögen bildet den Nachlass und wird an die Kinder erster Ehe und an die Witwe verteilt. Jedes Kind erster Ehe nimmt einen Kopfteil und die Witwe soviel Teile als Kinder aus ihrer Ehe mit dem Erblasser vorhanden sind. Das der Witwe anfallende Vermögen ist, wie unter I. oben den Kindern zweiter Ehe verfangen (vgl. Art. 151 Ziff. 4 und 5 E. G.). Wenn die Witwe sich nochmals verheiratet, so muss sie vor Eingehung der Ehe mit ihren Kindern abteilen, wobei ihr nur ein Kopfteil des verfangenen Vermögens zu Eigentum verbleibt. Diese Regelung ist wohl mit Rücksicht auf die Erwägung Gesetz geworden, dass die Kinder dann zum Antritt ihres Erbes näher berechtigt sind als ihre Mutter, wenn diese eine neue Ehe eingeht und dadurch das alte Familienband auflöst. Zudem wird der Mutter regelmässig durch ihre Heirat ein anderes ökonomisches Fortkommen gesichert, so dass das Gesetz dafür nicht mehr besorgt zu sein braucht.

III. Wenn der Erblasser nur die Witwe hinterlässt.

Hinterlässt der Erblasser nur die Ehefrau und hat diese nicht durch einen rechtsgültigen Erbvertrag auf ihr Erbrecht verzichtet, so sukzediert sie als alleinige Erbin in das eheliche Vermögen. Die Forderung der Ehefrau für ihr zugebrachtes Gut erlischt durch Konfusion (vgl. Art. 151 Ziff. 1 E. G.). Ein allfälliges Sondergut des Ehemannes vererbt sich nach Art. 462 Z. G. B.

§ 5.

Die unabgeteilte Witwe.

Bei Auflösung einer Ehe (durch den Tod des Ehemannes), deren Güterrecht sowohl im internen als auch im externen Verhältnis der altbernischen Gütereinheit in der Fassung des E. G. untersteht, erbt die Witwe das ganze eheliche Vermögen und ihre Forderung für den Wert des zugebrachten Gutes fällt dahin. Der Anspruch auf das bernische Erbrecht muss auch solchen Ehegatten zuerkannt werden, deren Güterstand gegen Dritte durch Unterlassung (bei Wohnsitzwechsel in einen anderen Registerbezirk) oder Unmöglichwerden (bei Wohnsitzwechsel in einen anderen Kanton) des Eintrages ins Güterrechtsregister des neuen Domizils, unter die Güterverbindung des Z. G. B. zu stehen kam[1]. Die Witwe hat die Befugnis, alle Verwaltungshandlungen vorzunehmen und darf über den Ertrag und über allfällige Ersparnisse aus den Erträgnissen des ehelichen Vermögens frei verfügen. Die Forderung der Witwe, die ihr zu Lebzeiten ihres Mannes für den Wert ihres eingebrachten Gutes zustand, ist mit dem Tode ihres Ehemannes erloschen.

Allerdings fällt das eheliche Vermögen der Witwe nicht als freies Gut an, sondern ihr Erbe ist belastet mit der Teilungspflicht für den Fall ihrer Wiederverheiratung, und mit der beschränkten Dispositionsfähigkeit gegenüber ihren Kindern. Die von der Witwe in Verletzung des Verfangenschaftsrechts getroffenen Verfügungen sind ungültig[2]. Die Beschränkung der Witwe in

---

[1] Vgl. Urteil des bern. Obergerichts in Z. b. J. V 52, S. 182; Tgbl. d. Gr. Rates, Jhrg. 1911, S. 122; Bühlmann, S. 230 und oben § 2, I.

[2] Vgl. Z. b. J. V. 50, S. 459.

der Disposition über das eheliche Vermögen ist lediglich als ein Ausfluss ihrer Teilungspflicht und keineswegs als eine Beschränkung ihrer Handlungsfähigkeit aufzufassen[3].

Wie die Praxis anerkannt hat, beruht die Teilungspflicht der bernischen Witwe materiell auf dem germanischen Institut des Wart- und Verfangenschaftsrechts; demnach ist der Anspruch, den die Kinder auf das von der Mutter verwaltete Vermögen besitzen, nicht bloss eine Anwartschaft, sondern hat dinglichen Charakter. Das Institut der Verfangenschaft ist seiner innersten rechtlichen Beschaffenheit nach nicht erbrechtlicher Natur, sondern es wurzelt im Familienrecht[4]; es liegt ihm der Gedanke der durch die Ehe begründeten Hausgemeinschaft zugrunde. Die Mutter unterliegt der Teilungspflicht nicht weil sie Erbin des Mannes geworden ist, sondern weil das bernische Recht sie als Subjekt des Hausvermögens ansieht. Diesen Gedanken hat die altbernische Praxis insofern richtig erfasst, als sie es immer als gleichgültig für die Existenz des Verfangenschaftsrechtes bezeichnete, woher das Vermögen der Mutter stammt[5]. Zurückzuweisen ist daher die bisweilen vertretene Meinung, das Warterecht sei nur unter der Voraussetzung möglich, dass die Witwe ihr Vermögen ganz oder zum Teil auf Grund einer einschränkenden Gesetzesbestimmung erworben habe, d. h. dass ihrem Erbschaftserwerb bereits ein Erbfall im Kanton Bern vorangegangen sein müsse.

Die Rechte der Kinder am ehelichen Vermögen gegenüber der Mutter sind an und für sich gemeinderschaftlicher Natur[6]; sie werden aber durch das Recht der Mutter am ehelichen Vermögen gebunden, so dass

---

[3] Vgl. Gmür, Z. b. J. V. 40, S. 4; B. G. E. 20, S 469.
[4] Vgl. Gmür, Z. b. J. V. 40, S. 5.
[5] Vgl. König, Komm. III, S. 45.
[6] Vgl. Gmür, Z. b. J. V. 40, S. 66.

diese als einziges Subjekt des Hausvermögens erscheint. Sobald jedoch der Fortbestand des Hausvermögens nicht mehr angängig ist, tritt der Gemeinderschaftsgedanke voll in sein Recht: die bis anhin gebundenen Teile der Kinder werden flüssig. Es muss deshalb auch ein dingliches Eigentumsrecht der Kinder am ehelichen Vermögen angenommen werden, das notwendigerweise gesamthänderisch beschaffen ist. *Gmür* führt die Tatsache, dass von verschiedener Seite die Annahme eines dinglichen Anspruchs abgelehnt wurde[7], auf die Ursache zurück, dass man sich nicht mit der vom Appellations- und Kassationshof gelegentlich ausgesprochenen Meinung befreunden konnte, es entstehe ein Miteigentumsverhältnis schon durch die Tatsache der Wiederverehelichung der Mutter. Dieser Konsequenz kann man jedoch dadurch ausweichen, dass man annimmt, es werde der bisher latente Anspruch der Teilungsberechtigten erst mit Anhebung der Teilungsklage zu einem volldinglichen erhoben. Machen die Kinder ihr Teilungsrecht nicht geltend, so geht demnach das eheliche Vermögen, wenn die Witwe eine neue Ehe eingeht, auf ihren zweiten Ehemann über.

Die Annahme eines dinglichen Anwartschaftsrechts der Kinder rechtfertigt sich auch aus der Erwägung heraus, dass dadurch die Nachkommen des Erblassers viel besser gesichert sind, als wenn man das Verfangenschaftsrecht der Kinder bloss als ein persönliches Recht auffasst. Auch geht aus der Entstehungsgeschichte des Art. 148 E. G. deutlich hervor, dass Ziffer 4 zu dem Zwecke aufgenommen wurde, um die Rechte der Kinder womöglich dinglich zu schützen. Dies ist namentlich von Bedeutung für den Fall, dass die Mutter das verfangene Gut an Dritte veräussert; dann auch um den Gläubigern der Witwe zu vereiteln, mehr als den An-

[7] Vgl. Leuenberger, IV, S. 350 ff.; König, III, S. 45.

teil, der ihr bei der Teilung zukommt, zu ihrer Deckung zu beanspruchen[8].

Die Gegenüberstellung des Art. 9 Abs. 1 Schl. und des Art. 151 Ziff. 2 des bernischen E. G. hat eine weitere Kontroverse hervorgerufen, die letzten Endes ebenfalls die Stellung der Kinder zum ehelichen Vermögen zum Gegenstande hat.

Art. 9 Abs. 1 Schl. bestimmt, dass für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe im Verhältnis der Ehegatten unter sich auch nach dem Inkrafttreten des Z. G. B. die Vorschriften des bisherigen Familien- oder Erbrechts gelten sollen, die von den Kantonen in ihren E. G. als güterrechtlich bezeichnet werden; dagegen behält dieser Artikel für den ausserordentlichen Güterstand, das Sondergut und den Ehevertrag die Bestimmungen des neuen Rechts vor.

Gestützt auf Art. 9 Abs. 1 Schl. hat nun der bernische Gesetzgeber in seinem E. G. sein ganzes bisheriges Erbrecht als güterrechtlich erklärt. Für den Fall, dass nach dem 1. Januar 1912 eine solche altbernische Ehe, aus der Kinder hervorgegangen sind, durch den Tod des Mannes aufgelöst wird, bestimmt der Art. 151 Ziff. 2 des bernischen E. G., dass sein Nachlass an die Ehefrau falle.

Kontrovers ist nun die Frage, ob der bernische Gesetzgeber seine Kompetenz zu legiferieren überschritten habe, wenn er festlegt, dass im Falle des Art. 151 Ziff. 2 der *Nachlass* an die Frau falle — trotzdem der eidgenössische Gesetzgeber die Bestimmungen des Z. G. B. über das Sondergut in Art. 9 Abs. 1 Schl. vorbehält. Es ist nämlich darauf hinzuweisen, dass der Nachlass des Ehemannes sowohl sein Sondergut als auch das Ehevermögen umfasst. Ist nun trotz des Wortlautes des Art.

---

[8] Vgl. Tagbl. d. Gr. Rates, Jhg. 1911, S. 131, Z. b. J. V. 50, S. 79.

151 Ziff. 2 E. G. diese Gesetzesbestimmung dahin zu interpretieren, dass eine Ausnahme zugunsten des Z. G. B. für die Vererbung des Sondergutes angenommen wird, oder aber ist anzunehmen, dass der bernische Gesetzgeber die Kompetenz besessen habe, im Falle des Art. 151 Ziff. 2 E. G. Vorschriften sowohl für die Vererbung des Ehevermögens als auch für die Vererbung des Sondergutes zu erlassen? — Über diese Frage sind die Meinungen geteilt. Es sollen hier die sich gegenüberstehenden Ansichten wiedergegeben und die Konsequenzen gezogen werden, die sich aus der einen und der anderen Anschauung notwendigerweise ergeben.

Die eine Ansicht ist vertreten durch *Gmür*[9], *Göschke*[10], *Mutzner*[11] und *Rennefahrt*[12]. Sie stützt sich auf die Annahme, dass das Sondergut laut Art. 9 Abs. 1 Schl. weder in Hinsicht auf das Güterrecht noch in bezug auf das Erbrecht von den Kantonen habe ihrer bisherigen Rechtsordnung unterstellt werden können[13]. Vielmehr sei die Regelung, die das Sondergut in Art. 9 Abs. 1 Schl. erfahren habe, sowohl zu *Lebzeiten* beider Ehegatten als auch für die *Vererbung* desselben massgebend; mit anderen Worten die Erbfolge in das Sondergut werde in allen Fällen vom Art. 457 Z. G. B. festgelegt. Es richte sich somit die erbrechtliche Sukzession in das Sondergut des verstorbenen Ehemannes nicht etwa nach dem bernischen Güterrecht, d. h. nach dem altbernischen Erbrecht, sondern ausschliesslich nach dem Z. G. B.

Aus dieser Ansicht ergibt sich, dass die Kinder beim Tode ihres Vaters Erbenqualität erlangen; denn wenn sich das Sondergut nach dem Z. G. B. vererbt, so fällt

---

[9] Komm. zu Art. 190 N. 40.
[10] Z. b. J. V. 56, S. 527.
[11] Komm. zu Art. 9 Schl. N. 105.
[12] Z. b. J. V. 50, S. 197 f.
[13] So auch der Entscheid des bern. Appellationshofes abgdr. in Z. b. J. V. 52, S. 182 ff.

es sowohl an die Witwe als auch an die Kinder. —Dies ist von Bedeutung für die Haftung für die Erbschaftsschulden: im Moment, wo den Kindern Erbenqualität zuerkannt wird, haften sie auch solidarisch mit ihrer Mutter für die ganzen Erbschaftsschulden (a. M. scheint der bernische Regierungsrat in seinem Beschwerdeentscheid vom 7. November 1924 — abgedruckt in M. B. V. 23, S. 177 ff. — zu sein. Er spricht nämlich von einer Haftung der Kinder bloss für die *Sondergutsschulden*, obschon das Z. G. B. weder Sondergutsschulden des Mannes noch eine partielle Schuldenhaft der Erben kennt). — Gegen die Anerkennung der Kinder als Erben und gegen die damit verbundene Erbenhaftung wurde eingewendet, dass der Wert des Sondergutes des Erblassers (— in weitaus den meisten Fällen handelt es sich nur um seine persönlichen Effekten —) zum Wert des ehelichen Vermögens in keinem Verhältnis stehe, dass es also ungerecht wäre, wenn die Kinder für die Gesamtpassiven einstehen müssten, ohne etwas Nennenswertes aus den Aktiven zu erhalten[14].

Auf diesen Einwand entgegnet *Rennefahrt*[15], dass die Kinder wie alle Erben, für den Fall, dass sie über den Bestand der Erbschaft nicht im klaren sind, entweder das öffentliche Inventar nach Art. 580 Z. G. B. oder ein einfaches Erbschaftsinventar verlangen können. Wenn nun die Erbschaft passiv saldiere, so können sie sich der Erbenhaftung durch Ausschlagung der Erbfolge in das Sondervermögen ihres Vaters entziehen. Dieser Ansicht ist wohl beizupflichten.

Gegen die Zuerkennung der Erbenqualität an die Kinder protestiert *Senn*[16]. Er verteidigt seine Ansicht mit der Annahme, der Bundesgesetzgeber habe im Art. 9

---

[14] Vgl. darüber Leuch im „Berner Tagblatt" Nr. 69 vom 24. März 1925.

[15] Z. b. J. V. 50, S. 197.

[16] Z. b. J. V. 60, S. 262 ff. und 63, S. 529 ff.

Abs. 1 Schl. einzig und allein die *güterrechtlichen* Konsequenzen normieren wollen, die das Z. G. B. an den Bestand von Sondergut knüpft. Dagegen habe er den Kantonen die Befugnis nicht entziehen wollen, Vorschriften über die *Vererbung* von Sondergut aufzustellen; es stehe daher den Kantonen frei, das Erbrecht für den gesamten Nachlass (inklusive das Sondergut) des einen oder des anderen Ehegatten festzulegen. Wenn also der bernische Gesetzgeber in Art. 151 Ziff. 2 seines E. G. bestimme, dass beim Tode eines Ehemannes, der eine Frau und Kinder aus dieser Ehe hinterlässt, dessen *Nachlass* an die Frau falle, so sei kein Grund vorhanden zur Annahme, unter diesem Nachlass sei nur das eheliche Vermögen, nicht aber das Sondergut zu verstehen.

Nach der Ansicht von *Senn* wäre also die bernische Witwe, wenn die Voraussetzungen des Art. 151 Ziff. 2 E. G. vorhanden sind, Alleinerbin ihres Mannes; die Kinder wären demnach nicht als Erben ihres Vaters zu betrachten[17]. Infolgedessen entfiele auch der Grund, ihnen die Legitimation zuzusprechen, ein öffentliches Inventar zu verlangen.

Dagegen will *Senn* den mehrjährigen Kindern für den Fall, dass die Witwe, d. h. ihre Mutter, beim Tode ihres Vaters nicht ein öffentliches Inventar verlangt, die Befugnis einräumen, ein Erbschaftsinventar errichten zu lassen. Dies trotzdem der Art. 151 letztes Al. des bernischen E. G. die Aufnahme eines solchen expressis verbis nur für den Fall vorsieht, dass unmündige Kinder vorhanden sind; (dabei werden bevogtete und zu bevormundende Kinder den unmündigen gleichgestellt). *Senn* stützt seine Ansicht mit der Begründung, dass eine dahingehende authentische Interpretation des letzten Absatzes von Art. 151 E. G. gemäss Art. 553 Z. G. B.

---

[17] Anderer Meinung B. G. E. 42 II, S. 202 und die Regierungsrätlichen Entscheide abgedr. in M. B. V. 16, S. 129 f. und 23, S. 177 ff.

im Machtbereich des bernischen Gesetzgebers liegen würde und dass sich des weitern auch die Argumentation hören liesse, es liege *selbstverständlich* im Sinne des letzten Absatzes von Art. 151 E. G., dass die mehrjährigen Kinder kraft eigenen Rechts (— bei der gleichen Voraussetzung, wie dies die Vormundschaftsbehörde bei den minderjährigen tut —) das Erbschaftsinventar verlangen können.

Es ist nun die rechtliche Stellung der Witwe zu dem Vermögen zu untersuchen, das ihr beim Tode ihres Mannes anfällt. Sie hat daran kein freies Recht, sondern ist in der Dispositionsbefugnis darüber durch das Anwartschaftsrecht der Kinder beschränkt. Die Verfügungsbeschränkung der Witwe bezieht sich sowohl auf das ganze Vermögen, das der Witwe anfällt, als auch auf wesentliche Teile desselben. Die Ordnung ist dem Gesetz vom 27. Mai 1847 über die Geschlechtsverbeistandschaften entnommen. Es ist nicht zu übersehen, dass zu einer rechtsgültigen Verfügung im Sinne von Art. 148 Ziff. 2 E. G. auch die Zustimmung derjenigen Kinder notwendig ist, die einen, ihren Erbanteil übersteigenden Betrag als Vorempfang erhalten haben, solange nicht ein rechtsgültiger Erbverzichts- oder Erbauskaufsvertrag vorliegt[18]. Der Auslegung bot Schwierigkeiten der Begriff der wesentlichen Teile des Vermögens. *König* zählt in seinem Kommentar[19] eine Reihe von Fällen auf, in denen eine wesentliche Kapitalveränderung angenommen werden kann. Seine Umschreibung des Begriffs durch diese Aufzählung gilt grundsätzlich auch heute noch. Entscheidend ist dabei das Verhältnis der Masse des Gesamtvermögens zu der Masse, worüber verfügt wird. Nicht massgebend ist der absolute Wert der Vermögensbestandteile, über welche verfügt wird. Selbständig kann

[18] Vgl. Z. b. J. V. 61, S. 270.
[19] Vgl. Bd. I, S. 349.

die bernische Witwe dann verfügen, wenn dadurch die Vermögenssubstanz nur unerheblich angegriffen wird. Als wesentlich ist eine Verfügung über das eheliche Vermögen dann anzunehmen, wenn eine neue Haftung desselben begründet oder eine bereits bestehende Haftung verschärft wird.

Die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit durch die unabgeteilte Witwe, wurde nach altbernischer Praxis nur dann als wesentliche Kapitalveränderung angesehen, wenn die Erträgnisse des Ehevermögens zur Deckung der Wechselschuld nicht ausreichten[20].

Keine wesentliche Verfügung liegt nach der Praxis dann vor, wenn die eingegangene Verpflichtung aus den Erträgnissen des ehelichen Vermögens bestritten werden kann[21]. Ferner auch in dem Falle nicht, wo bereits bestehende Verbindlichkeiten, für die das verfangene Vermögen verhaftet ist, in andere umgewandelt werden[22].

Die Verfügungen der bernischen Witwe über das eheliche Vermögen sind nur in dem Falle gültig, wo die mehrjährigen Kinder und in Vertretung der minderjährigen die Vormundschaftsbehörde ihre Einwilligung dazu erteilen. Erst mit der Erfüllung dieser Voraussetzung kommt das Rechtsgeschäft gültig zustande. Erfordert ist die Zustimmung der Kinder, die aus der Ehe der Witwe mit dem Erblasser stammen. Mit Kindern aus einer allfälligen früheren Ehe der Mutter hat sie ja bei Eingehung ihrer Ehe mit dem Erblasser abgeteilt und an ihrem Kopfteil erhielt sie dabei unbeschränktes Eigentum. Ihre Kinder früherer Ehe sind also diesem Vermögenskomplex gegenüber Dritte. Das gleiche gilt für die Kinder einer früheren Ehe des Erblassers: ihre Ansprüche werden vorweg ausgeschieden und der noch vorhandene Rest bildet das eheliche Vermögen.

---

[20] Vgl. Z. b. J. V. 45, S. 458 und 46, S. 150.
[21] Vgl. Z. b. J. V. 45, S. 458.
[22] Vgl. Flückiger, Z. b. J. V. 57, S. 447 f.

Den Witwen waren nach § 85 des E. G. zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz die geschiedenen und güterrechtlich getrennten Ehefrauen gleichgestellt und damit ebenfalls der Verfügungsbeschränkung und Teilungspflicht unterworfen. Diese Einschränkung für getrennte und geschiedene Frauen fällt unter dem E. G. zum Z. G. B. dahin, weil die Liquidation des ehelichen Vermögens bei der Scheidung oder anlässlich der Pfändungsbetreibung oder des Konkurses des Ehemannes schon stattgefunden hat und eine Teilung des Vermögens der Mutter zu ihren Lebzeiten nach Art. 156 E. G. unzulässig ist.

Sind die Kinder aus der Ehe mit dem Erblasser vorverstorben, so treten an deren Stelle ihre Nachkommen resp. deren gesetzliche Vertreter; das Repräsentationsrecht gilt in allen Graden nach Stämmen. Die Bestimmungen des altbernischen C. G. B. über die Rechtsstellung der unabgeteilten Witwe sind vom E. G. zum grössten Teil übernommen worden, allerdings mit einigen grundlegenden Neuerungen, die dem Sinn und Geist der modernen Rechtsanschauung entsprechen: das E. G. gesteht der unabgeteilten Witwe eine gewisse vermögensrechtliche Handlungsfähigkeit im Rahmen des für dieses Rechtsinstitut überhaupt Möglichen zu. — Die Abänderungen, welche das bernische Recht in der Fassung des E. G. zu dem Zwecke erfahren hat, um die Witwe womöglich nicht der Willkür ihrer Kinder auszusetzen, bestehen in folgendem:

1. Versagen mündige Kinder grundlos ihre Zustimmung zu einer Verfügung der Witwe, so kann sie den Richter anrufen und die Verweigerung der Kinder kann durch eine Ermächtigung des Richters ersetzt werden (vgl. Art. 148 E. G.)[23]. Das alte bernische Recht kannte keinen Ersatz für die Einwilligung mündiger

[23] Vgl. Z. b. J. V. 50, S. 20.

Kinder. Das Recht der Witwe den Richter anzurufen war auch in der ursprünglichen Fassung des E. G. nicht vorgesehen, sondern es wurde erst während der parlamentarischen Beratung auf Anregung des bernischen Notariatsvereins aufgenommen.

Diesen Weg kann aber die Witwe nur gegen die Weigerung ihrer *mehrjährigen* Kinder einschlagen. Die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde, die in Vertretung der minderjährigen handelt, kann durch Richterspruch nicht erzwungen werden[24].

In den Fällen, wo die Witwe die Zustimmung ihrer mehrjährigen Kinder durch den Richter erzwingen muss, wird die Verfügung der Witwe als eine Verfügung über die Erbschaft angesehen und es gilt infolgedessen der Gerichtsstand der gelegenen Sache[25].

2. Vor 1912 musste die Witwe im Falle ihrer Wiederverheiratung das gesamte in diesem Zeitpunkt vorhandene Vermögen in die Teilung mit ihren Kindern einwerfen, mit der einzigen Ausnahme ihrer Gerade. Die Mutter musste also nicht nur das vom Ehemanne ererbte väterliche Gut, sondern auch ihr Eingebrachtes und alles Vermögen, das ihr aus irgendeinem Grunde nach dem Tode des Ehemannes angefallen war, mit den Kindern teilen. Eine solche Beerbung der Mutter noch zu ihren Lebzeiten vereinbart sich jedoch nicht mit den Grundsätzen des neuen Rechts; deshalb hat der Gesetzgeber in Art. 148 Ziff. 1 E. G. für Witwen, die schon vor 1912 im Verfangenschaftsverhältnis mit ihren Kindern lebten, bloss dasjenige Vermögen als eheliches Vermögen erklärt, das die Witwe im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes besass, mit Ausnahme ihrer Gerade. Über Vermögensstücke, die ihr nach diesem Zeitpunkt anfallen, hat sie freie Dispositionsbefugnis.

---

[24] Vgl. Z. b. J. V. 56, S. 203.
[25] Vgl. Flückiger, Z. b. J. V. 57, S. 449 f.

Stirbt der Ehemann nach 1912, so gilt als eheliches Vermögen der gesamte Nachlass des Ehemannes. Die Forderung für den Wert des zugebrachten Gutes der Frau fällt dahin (vgl. Art. 151 Ziff. 2 E. G.).

War vor 1912 bei der Wiederverheiratung der Witwe die vorgeschriebene Teilung mit den Kindern aus der vorhergehenden Ehe unterblieben, so können diese ihren Anteil von der Mutter jederzeit herausverlangen; denn die Witwe brachte dem zweiten Mann ihr Vermögen nur beschwert mit dem durch die zweite Heirat zum Teilungsanspruch erwachsenen Verfangenschaftsrecht der Kinder ein. Auch nach dem Tode der Mutter haben der zweite Ehemann und die Kinder zweiter Ehe keinen Anspruch auf diesen Anteil der Kinder erster Ehe[26].

Um eine reinliche Ausscheidung zwischen dem verfangenen und dem freien Gut zu ermöglichen, empfiehlt es sich für die Witwe, beim Tode des Ehemannes ein öffentliches Inventar nach Art. 580 ff. Z. G. B. und Art. 62 ff. E. G. zu verlangen. — Wenn den Kindern beim Tode ihres Vaters Erbenqualität zukommt (was nach unseren Ausführungen eingangs dieses Paragraphen streitig ist), so sind sowohl die Witwe als auch die mündigen Kinder berechtigt, ein öffentliches Inventar zu verlangen[27] und es muss den Kindern wie der Witwe eine Frist zur Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft angesetzt werden. In diesem Falle wäre den Kindern gleich wie der Witwe auch die Befugnis zuzuerkennen, ein einfaches Erbschaftsinventar errichten zu lassen.

Jedenfalls ist die Aufnahme eines Erbschaftsinventars immer dann anzuordnen, wenn unmündige Kinder aus der Ehe der Witwe mit dem Erblasser vorhanden sind und die Witwe kein öffentliches Inventar verlangt.

---

[26] Vgl. Mutzner, Komm. zu Art. 15 Schl. N. 34.

[27] So auch der Entscheid des bernischen Regierungsrates, abgedruckt in M. B. V. 16, S. 129

Für die formellen Bedingungen zur Aufnahme eines Erbschaftsinventars gelten die Regeln, die Art. 60 Ziff. 4 des bernischen E. G. aufstellt und für das Verfahren der Art. 61 leg. cit. Die Vorschrift, dass die Vormundschaftsbehörde ein Erbschaftsinventar anzuordnen habe, wenn von der Witwe kein öffentliches Inventar verlangt worden ist, gilt unter Hinweis auf das eheliche Vermögen, nicht etwa unter dem Gesichtspunkt des Sondergutes.

3. Das E. G. hat auch durch eine Neuordnung der Teilung des ehelichen Vermögens die Stellung der Witwe gegenüber ihren Kindern erleichtert. Nach dem bernischen C. G. B. wurde die Teilung des ehelichen Vermögens (abgesehen vom Falle der Zustimmung sowohl der Witwe als auch der erbberechtigten Kinder) erst fällig bei der Wiederverehelichung der Witwe. Nach den Bestimmungen im E. G. kann die Teilung jederzeit von der Witwe selbst verlangt werden (vgl. Art. 148 Ziff. 5 leg. cit.). Allerdings wird das Recht, die Teilung zu verlangen, auch denjenigen Gläubigern der unabgeteilten Witwe eingeräumt, die bei deren Betreibung zu Verlust gekommen sind. Die letztere Bestimmung ist das notwendige Korrelat zum dinglichen Anwartschaftsrecht der Kinder. Zuständig die vorzeitige Teilung zu gestatten ist der Gerichtspräsident im kontradiktorischen Verfahren.

An den Anteilen, die durch die Abschichtung den Kindern zufallen, steht der Mutter bis zu ihrer Wiederverheiratung ein gesetzliches Nutzniessungsrecht zu, das unter den Regeln der Nutzniessung des Sachenrechts steht (vgl. darüber Art. 745 ff. Z. G. B.). Das Nutzniessungsrecht an den Anteilen unmündiger Kinder verbleibt der Mutter auf Grund der elterlichen Gewalt (Art. 292 Z. G. B.) auch dann, wenn sie sich wieder verheiratet bis zur Mündigkeit jedes Kindes (Art. 148 Ziff. 6 E. G.). Hatten die Ehegatten ihren Wohnsitz beim Tode des

Ehemannes in einem anderen Kanton und war dort bereits eine Teilung des elterlichen Vermögens beim Tode des Ehemannes nach Art. 6 des Emanzipationsgesetzes vom 27. Mai 1847 vorgenommen worden, so ist das Recht der Kinder, die Teilung zu verlangen, konsumiert, weil die Mutter bezüglich der damals erhaltenen Quote gegenüber den Kindern von der Teilung befreit ist.

Bestritten ist die Frage, ob eine Verfügung der Witwe über das eheliche Vermögen oder über wesentliche Teile desselben schon im obligatorischen Vertrag oder aber erst in der Übereignung der Vermögensstücke liegt[28]. Für die Ungültigkeit eines von der Witwe abgeschlossenen Vertrages sprach sich der bernische Appellationshof i. S. Emmert contra Gerber[29] und der bernische Regierungsrat i. S. Hurst[30] aus. Ferner wird die Ungültigkeit des Vertrages betont von *Flückiger* (Z. b. J. V. 57, S. 448), der ausführt, dass die Handlungsfähigkeit der Witwe durch das Zustimmungsrecht der Kinder eingeschränkt sei und dass infolgedessen ein gültiger obligatorischer Vertrag nur dann vorliege, wenn die Kinder dazu ihre Zustimmung erteilt haben.

Die Vertreter der Ungültigkeit des obligatorischen Vertrages stützen sich auf die altbernische Praxis, die konsequent jene Ungültigkeit betonte. Im alten Recht hatte diese Anschauung ihre Berechtigung, weil das Emanzipationsgesetz bestimmte, dass die Witwe ohne Zustimmung der Kinder am Kapitalvermögen keine wesentlichen *Veränderungen* vornehmen dürfe, während dem Art. 148 Ziff. 2 E. G. von der rechtsgültigen *Verfügung* über das eheliche Vermögen oder wesentliche Teile desselben spricht.

---

[28] Vgl. die Ausführungen Helds, Z. b. J. V. 61, S. 545 ff.
[29] Vgl. Z. b. J. V. 58, S. 383.
[30] Vgl. M. b. V. 20, S. 95.

Der Ansicht, dass im obligatorischen Vertrag noch keine Verfügung im Sinne des Art. 148 E. G. liege, sind *Bühlmann*[31] und *Held*[32]. Um über diese Frage zu einem praktisch brauchbaren Resultat zu kommen, müssen wir untersuchen, zu welchem Zwecke die Verfügungsbeschränkungen für die Witwe vom Gesetzgeber aufgestellt wurden.

Das Gesetz verfolgt mit der Verfügungsbeschränkung nicht etwa den Zweck, die Witwe zu schützen, sondern es will damit verhindern, dass den Kindern das eheliche Vermögen geschmälert werde oder sogar ganz verlorengehe. Da aber im obligatorischen Vertrag nach der Dogmatik noch keine Verfügung im Rechtssinne liegt[33], so ist anzunehmen, dass die Zustimmung der Kinder zum obligatorischen Vertragsabschluss noch kein Gültigkeitsrequisit darstellt, sondern es genügt, wenn die Einwilligung zu derjenigen Rechtshandlung eingeholt wird, durch die das eheliche Vermögen oder wesentliche Bestandteile desselben unmittelbar veräussert oder belastet werden. Denn die Beeinträchtigung der Rechte der Kinder am ehelichen Vermögen tritt erst durch die Rechtshandlung ein, welche einen zum ehelichen Vermögen gehörenden Vermögenswert veräussert oder belastet.

Im übrigen ist anzunehmen, dass das E. G. das Wort „Verfügung" in der gleichen Bedeutung verwendet, wie das Z. G. B. und die Dogmatik. Es kann demnach damit der obligatorische Vertrag nicht gemeint sein, und mithin muss angenommen werden, dass die Witwe gültig obligatorische Verträge abschliessen kann und daraus haftbar wird, selbst dann wenn beide Vertragsparteien wussten, dass das Vertragsobjekt zum ehelichen Vermögen gehört. Aus Art. 148 Ziff. 4 E. G. geht überdies unzweideutig hervor, dass eine Schuld, die die Wit-

[31] Vgl. S. 226.
[32] Vgl. Z. b. J. V. 61, S. 545 ff.
[33] Vgl. von Tuhr I, S. 171 ff.

we ohne Zustimmung der Kinder begründet hat, gültig besteht und mithin der Vertrag aus dem sich die Schuld ergibt, trotz der mangelnden Zustimmung rechtsverbindlich ist, indem die Witwe aus einem solchen Vertrag mit ihrem Sondervermögen und mit den Erträgnissen des ehelichen Vermögens haftet.

Anders verhält es sich mit der Verfügung im Sinne des Z. G. B. Zu diesem Rechtsgeschäft sind nicht alle für die verbindliche Herbeiführung desselben vorgesehenen Vorschriften eingehalten worden. Es eröffnet sich uns nun die Frage, welche Folgen die Ungültigkeit und deren Geltendmachung für die Witwe zeitigt.

Betrachten wir den Fall, wo die Witwe sich vertraglich zur Bezahlung einer bestimmten Geldsumme verpflichtet und von den Kindern und von der Vormundschaftsbehörde der Einspruch erhoben wird, dass diese Summe einen wesentlichen Teil des ehelichen Vermögens ausmache. Der obligatorische Vertrag ist nach unseren Ausführungen als gültig zu betrachten. Anders verhält es sich mit der Verfügung. Handelt es sich beispielsweise um einen Kauf bei dem die Witwe durch Bezahlung des Kaufpreises über einen wesentlichen Teil des ehelichen Vermögens verfügen würde, so eröffnen sich dem Gläubiger zur Vollstreckung seiner Forderung zwei Möglichkeiten: 1. Ist der Gläubiger gewillt, für seine Forderung im Betreibungsverfahren das eheliche Vermögen nicht in Anspruch zu nehmen, so stellt er der Witwe einen Zahlungsbefehl zu, in welchem betont ist, dass die Zwangsvollstreckung nicht in das eheliche Vermögen, sondern nur in die Erträgnisse desselben und in das Sondervermögen der Witwe verlangt werde. Genügen diese beiden Vermögenskomplexe nicht zur Befriedigung des Gläubigers, so kann er gemäss Art. 148 Ziff. 4 Abs. 2 E. G. die Teilung des ehelichen Vermögens verlangen und nachher die Vermögenswerte pfänden lassen, die die Witwe zufolge der Teilung herauserhalten

hat. — 2. Will dagegen der Gläubiger zur Befriedigung seiner Forderung auch das eheliche Vermögen in Anspruch nehmen, so kann entweder im Widerspruchsverfahren gerichtlich festgestellt werden, ob für die Forderung das eheliche Vermögen hafte, oder aber der Gläubiger kann im Betreibungsverfahren nicht nur die Witwe, sondern auch die Kinder belangen. Es wäre in diesem Fall ein Zahlungsbefehl nicht nur zuzustellen der Witwe als Schuldnerin und als ausschliesslich Verfügungsberechtigte über ihr Sondergut und über die Erträgnisse des ehelichen Vermögens und als Mitberechtigte an dem letzteren, sondern auch den Kindern als Mitberechtigte am ehelichen Vermögen bzw. der Vormundschaftsbehörde als Vertreterin der minderjährigen Kinder. Zum Rechtsvorschlag und zur Beschwerde wären sowohl die Witwe als auch die Kinder resp. die Vormundschaftsbehörde legitimiert. Die Witwe und die Kinder könnten Rechtsvorschlag erheben auf Grund der Tatsache, dass das eheliche Vermögen für die im übrigen rechtsgültig anerkannte Schuld nicht hafte[34].

Hat die Witwe die Schuld, die sie kontrahierte, bereits getilgt und zu diesem Zwecke einen wesentlichen Teil des ehelichen Vermögens veräussert, so ist die Verfügung über das eheliche Vermögen ungültig und sowohl die Witwe als auch die Kinder sind berechtigt, das veräusserte eheliche Vermögen bzw. dessen Ersatzwert zurückzufordern. Dagegen bleibt der obligatorische Vertrag bestehen und der Gläubiger kann zur Geltendmachung seines Erfüllungs- oder Schadenersatzanspruches Zwangsvollstreckung in die Erträgnisse des ehelichen Vermögens und in das Sondergut der Witwe verlangen. Sofern er daraus nicht gedeckt werden sollte, kann er auch die Teilung des ehelichen Vermögens durchsetzen.

---

[34] Vgl. Jäger, Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis II Art. 47 N. 2; Held, S. J. Z. 17, S. 338 und S. J. Z. 19, S. 37.

Die Konsequenzen der hier vertretenen Auffassung, dass der obligatorische Vertrag mangels Zustimmung der Kinder nicht ungültig sei, muten auf den ersten Blick etwas kompliziert an. Aber diese Lösung ist die einzige, die mit Ziff. 4 des Art. 148 E. G. in Einklang zu bringen ist, ohne dass die Handlungs- und Vertragsfähigkeit der Witwe unnötigerweise eingeschränkt wird. Im übrigen führt diese Lösung nur scheinbar zu komplizierteren Konsequenzen als die Annahme, der obligatorische Vertrag sei mangels Zustimmung der Kinder ungültig.

§ 6.

Die erbrechtliche Stellung des bernischen Witwers.

I. Wenn nur Kinder aus früherer Ehe der Erblasserin vorhanden sind.

Hier sind drei Vermögensbestandteile auseinanderzuhalten:

1. Das Vermögen, das der Erblasserin bei der Teilung mit den Kindern der früheren Ehe im Zeitpunkt ihrer Wiederverheiratung zugekommen war, verbleibt ausschliesslich dem Ehemanne (vgl. Art. 152 Ziff. 3 E. G.). Der Ehemann erbt auch hier nicht etwa die Vermögensspezies, sondern nur das der Frau zugestandene Forderungsrecht, das jedoch durch Konfusion erlischt. Obwohl die Abschichtung der Mutter mit ihren Kindern früherer Ehe eine Befreiung ihrer Teilungsquote vom Verfangenschaftsrecht der Kinder herbeigeführt

hatte, ging doch bei ihrer Wiederverheiratung in der rechtlichen Natur dieses Vermögensteiles in dem Sinne eine Veränderung vor sich, dass er mit dem Abschluss ihrer zweiten Ehe dem Ehemann zufiel und die Frau bloss die Forderung im Umfang des Eingebrachten gegen ihren Mann behielt.

2. In das seit Abschluss der zweiten Ehe von der Frau erworbene und dem Manne zugebrachte Vermögen teilen sich Mann und Kinder nach Kopfzahl. An die Stelle vorverstorbener Kinder treten ihre Nachkommen, und zwar nach Art. 153 Abs. 1 E. G. in allen Graden nach Stämmen. Objekt der Beerbung ist hier lediglich der *Wert* des Zugebrachten resp. das dafür bestehende Forderungsrecht; denn nur dieses hinterlässt ja die Frau bei ihrem Tode. Die Kinder haben demnach kein dingliches Recht auf die einzelnen Vermögensstücke, die die Frau dem Manne in die Ehe gebracht hatte. Es wird also, wenn die Frau Immobilien in die Ehe gebracht hatte, nur der Schatzungswert zur Zeit des Einbringens unter Mann und Kindern resp. Kindsstämmen verteilt. Die Teilung des nachtäglichen mütterlichen Gutes wird sofort liquid. Art. 149 Ziff. 1 Abs. 2 E. G. findet also hier keine Anwendung. Fällt der Stiefvater vor vollzogener Teilung in Konkurs, so steht den Kindern der Erblasserin für die Hälfte ihres Muttergutsanteiles die Anschlusspfändung und für diese Hälfte Anweisung in der 4. Klasse zu. Reicht der Nachlass nicht aus, um die Kinder zu decken, so gilt Art. 220 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, wonach die Gläubiger der nämlichen Klasse unter sich gleiches Recht haben.

3. Das Sondergut, auch dasjenige, das die Ehefrau seit der Abschichtung mit ihren Kindern aus einer früheren Ehe neu erworben hat, gehört weder zur Teilungsquote, die die Frau bei der Abschichtung mit ihren Kindern aus der ersten Ehe erhielt, noch ist es Vermögen, das die Frau seit der Teilung ihrem Ehemann zugebracht

hat. Hat die Ehefrau darüber nicht rechtsgültig verfügt, so vererbt sich das Sondergut nach den Grundsätzen des neuen Rechtes an den Ehemann und an die Kinder (vgl. Art. 457 Z. G. B.). Natürlich hat der Witwer auch bezüglich des Sondergutes das Wahlrecht nach Art. 462 Z. G. B.

II. Wenn Kinder der Erblasserin aus früherer und aus letzter Ehe vorhanden sind.

In diesem Fall richtet sich das Erbverhältnis nach den unter I. oben entwickelten Grundsätzen, nur mit der Modifikation, dass nun der Ehemann von dem, von der Ehefrau seit der Teilung erworbenen und ihm zugebrachten Gut soviel Teile erhält, als Kinder aus seiner Ehe mit der Erblasserin vorhanden sind und dass die Kinder letzter Ehe hinsichtlich des mütterlichen Gutes in die Rechte der verstorbenen Mutter eintreten. Ausserdem können sie im Falle der Wiederverheiratung des Vaters im Zeitpunkt ihrer Mündigkeit die Hälfte des Muttergutes herausverlangen (vgl. Art. 149 Ziff. 3 E. G.). Die Person des Ehemannes zählt also hier für keinen Teil; entscheidend ist lediglich die Zahl der Kinder. Sind zur Zeit der Teilung aus beiden Ehen nur entferntere Deszendenten vorhanden, so treten diese in allen Graden nach Stämmen an die Stelle der vorverstorbenen Kinder.

III. Wenn die Erblasserin nur den Witwer hinterlässt.

Hier gestalten sich die Verhältnisse für den überlebenden Ehemann ähnlich wie in § 4 III oben. Der überlebende Ehegatte ist Alleinerbe. Es fällt ihm das der Ehefrau zu deren Lebzeiten eingeräumte Forderungsrecht für ihr Eingebrachtes an und erlischt infolgedessen durch Konfusion. Das Sondergut, das in der Regel bei der Ehefrau einen grösseren Umfang hat als beim Ehe-

mann, vererbt sich nach den Grundsätzen des neuen Rechts.

Das gesetzliche Erbrecht im Umfang des ganzen Ehevermögens resp. der Frauengutsforderung, tritt aber nur dann in Kraft, wenn der Ehemann nicht vor 1912 durch einen rechtsgültigen Ehetag oder eine rechtsgültige Eheverkommnis, oder nach 1912 durch einen rechtsgültigen Erbverzichtsvertrag auf seine Ansprüche verzichtet hat.

§ 7.

Die Stellung des Witwers gegenüber den Kindern hinsichtlich des Muttergutes.

Wenn die Ehefrau zuerst stirbt und einen Ehemann und Kinder aus dieser Ehe hinterlässt, so bleibt der Witwer, wie schon nach dem bernischen C. G. B. auch unter dem E. G. Eigentümer des zugebrachten Vermögens der verstorbenen Ehefrau, d. h. er verbleibt einfach bei den ihm schon während der Ehe zugestandenen Rechten. Es findet somit in seiner Person weder eine erbrechtliche Sukzession noch irgendein anderer Rechtserwerb statt. Der Ehemann setzt lediglich das eheliche Güterrecht fort und besitzt infolgedessen nicht die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen.

Der Vater schliesst die Kinder beim Tode ihrer Mutter vom Erbrecht ins Ehevermögen aus. Da er Eigentümer desselben bleibt, findet auch keine erbrechtliche Auseinandersetzung statt. Die Kinder rücken nur für den Wert der Frauengutsforderung in die Stellung ihrer Mutter ein, wobei ihnen jedoch hinsichtlich des Mutter-

gutes nur eine Forderung und kein dingliches Recht zuerkannt wird. Der Vater wird durch dieses Forderungsrecht der Kinder in seiner Dispositionsbefugnis über das eheliche Vermögen in keiner Weise behindert, d. h. die Zustimmung der Kinder bildet kein Gültigkeitsrequisit für die Verfügungen des Vaters (vgl. Art. 149 Ziff. 1 E. G.).

Das Gegenstück zu dieser weitgehenden Dispositionsbefugnis des Witwers ist dessen absolute Haftung für alle dem Ehevermögen anhaftenden Schulden.

Der Wortlaut des Art. 149 Ziff. 1 E. G. deckt sich materiell mit der analogen Vorschrift der Satzung 519 des bernischen C. G. B. Trotzdem der Vater die Kinder schon unter der Herrschaft des bernischen C. G. B. von einer erbrechtlichen Sukzession in das Eingebrachte der Mutter völlig ausschloss, betrachtete die bernische Praxis nicht etwa den Ehemann als Noterben seiner verstorbenen Frau, sondern die Kinder[1]. Die Rechtsstellung als Erben müssen wir den Kindern auch unter dem E. G. nach Art. 152 Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 149 Ziff. 1 hinsichtlich des Eingebrachten der Mutter zuerkennen. Überdies sind sie ja nach Art. 153 letzter Absatz gemäss dem neuen Recht in Hinsicht auf das Sondergut die nächsten Erben ihrer Mutter. Über die Konsequenzen, die die Anerkennung der Kinder als Erben nach sich zieht, wurde unter § 5 oben gesprochen.

Das Eigentumsrecht des Vaters am ehelichen Vermögen ist im Interesse der Kinder verschiedenen Einschränkungen unterworfen:

1. Die mehrjährigen Kinder können Sicherstellung für die Hälfte des Muttergutes verlangen. Für minderjährige Kinder handelt die Vormundschaftsbehörde im gleichen Sinne. — Vom Recht, Sicherstellung für das

---

[1] Vgl. die Urteile des bern. Appellationshofes in Z. b. J. V. 29, S. 504; 34, S. 30; 37, S. 95.

Muttergut zu verlangen, kann jederzeit Gebrauch gemacht werden. Es ist dieses Recht also nicht an den Nachweis der Gefährdung geknüpft. Immerhin darf angenommen werden, dass das Begehren auf Sicherstellung nicht zur blossen Schikane gestellt werden kann.

2. Wird die Sicherstellung nicht geleistet, so können die Kinder die Herausgabe der Hälfte des Muttergutes verlangen. Für die dem Vater verbliebene Hälfte behalten sie die Forderung wie bisher, können ihn aber dafür nicht mehr zur Sicherstellung anhalten. An der Vermögenshälfte, die der Vater herausgibt, behält er die Nutzniessung. Dies gilt sowohl gegenüber den mehr- als auch gegenüber den minderjährigen Kindern. - Wenn der Vater sich wieder verheiratet, so fällt sein Nutzungsanspruch an der Hälfte des Muttergutes, die er den mündigen Kindern bereits herausgegeben hat, dahin.

3. Streitigkeiten zwischen dem Vater und den Kindern hinsichtlich des eingebrachten Gutes der Ehefrau resp. der Mutter, werden entschieden durch den Gerichtspräsidenten als Einzelrichter (vgl. Art. 2 E. G. und Zivilprozessordnung Art. 302).

4. Bei seiner Wiederverehelichung hat der Vater jedem mündigen Kinde die Hälfte seines Muttergutsanteiles herauszugeben. Die dem Vater verbleibende Hälfte wird erst fällig mit seinem Tode.

5. Im Falle der Betreibung des Vaters können die Kinder die privilegierte Anschlusspfändung für die Hälfte des Muttergutes geltend machen. Sie werden dabei in die 4. Klasse angewiesen.

3. Kapitel.

Abänderungen des gesetzlichen Erbrechts der Ehegatten durch Willensanordnung.

§ 8.

Der Ehetag und die Eheverkommnis.

I. Unter dem alten Recht.

Dem altbernischen Recht waren Abmachungen unter Ehegatten, deren Inhalt spezifisch güterrechtlicher Natur war und die eine Veränderung oder Aufhebung des ordentlichen Güterstandes bezweckten, also Eheverträge im eigentlichen Sinne unbekannt[1]. Die einzigen ehevertragsähnlichen Abmachungen, die es zuliess, waren die Ehetage, die von den Brautleuten kontrahiert werden konnten und die Eheverkommnisse, die unter Ehegatten zulässig waren. Aber diese Kontrakte bezweckten nicht eine Abänderung des ehelichen Güterrechts, sondern eine solche des gesetzlichen Erbrechts der Ehegatten.

Der Verzicht auf das gegenseitige Noterbrecht der Ehegatten für den Fall, dass beim Ableben des einen keine gemeinsamen ehelichen Nachkommen vorhanden waren (Satzung 895 und 516 bern. C. G. B.), bildete den unerlässlichen Inhalt eines Ehetages oder einer Eheverkommnis. Dieser Verzicht brauchte aber kein ausdrücklicher zu sein, sondern die Praxis nahm an, dass schon die Tatsache des Abschlusses eines Ehetages oder einer Eheverkommnis an sich das gegenseitige Noterbrecht aufhebe[2].

---

[1] Vgl. Wyss, S. 116 ff.; Mutzner, Komm. zu Art. 16 Schl. N. 23.

[2] Vgl. Z. b. J. V. 44, S. 250.

In der Folge setzten die Ehegatten regelmässig eine vertragliche Erbsukzession fest. — Bisweilen räumten sie sich auch einen gegenseitigen Niessbrauch ein, oder setzten fest, dass dem Überlebenden zu seinen Lebzeiten freies Eigentum am ganzen Vermögen zustehen solle.

Der Güterstand konnte im Ehetag insofern alteriert werden, als der Bräutigam oder Verwandte der Braut in Rücksicht auf den in Aussicht stehenden Eheabschluss vermögensrechtliche Zuwendungen zusicherten. Kam die Ehe nicht zustande, so konnten sämtliche Zuwendungen dieser Art zurückgefordert werden; der Vertrag wurde also erst mit der Eingehung der Ehe perfekt (Art. 898 bern. C. G. B.).

Um eine Eheverkommnis abschliessen zu können, trotzdem gemeinsame eheliche Nachkommen vorhanden waren, konnten die Eltern diejenigen Nachkommen, welche Noterben waren, jedoch nicht mehr unter ihrer Gewalt standen, von der Erbfolge auskaufen. Ein Erbauskaufsvertrag war jedoch anfechtbar für den Fall, wo das Pflichtteilsrecht darin verletzt worden war.

Der Ehetag und die Eheverkommnis wurden schriftlich abgefasst und die Urkunden mussten von den vertragsschliessenden Parteien, von den Dritten, die ihnen etwas zusicherten, sowie vom mitwirkenden Beistand unterzeichnet werden. Braut und Ehefrau bedurften nämlich zum Abschluss eines Ehetages oder einer Eheverkommnis eines Beistandes. Als Beistand der Braut handelte in der Regel ihr Vater. Der ausserordentliche Beistand, welcher für die Ehefrau beim Abschluss einer Eheverkommnis beigezogen werden musste, durfte ihrem Ehemann nicht im vierten oder in einem noch näheren Grade verwandt oder mit seinen Verwandten verschwägert sein. Er musste durch den Regierungsstatthalter ernannt und bei seiner Bestellung angewiesen werden, dafür zu sorgen, dass die Eheverkommnis insoweit es die Frau betraf, nach der freien Willenserklärung

derselben ausgefertigt werde[3]. — Der Bräutigam bedurfte eines Beistandes nur für den Fall, wo er noch minderjährig war.

Für die Aufhebung des Ehetages und der Eheverkommnis kannte das altbernische Recht sowohl vertragliche als auch gesetzliche Aufhebungsgründe:

1. Vertraglich wurden der Ehetag und die Eheverkommnis aufgehoben, wenn die Eheleute eine neue Eheverkommnis abschlossen oder wenn sie vertraglich vereinbarten, den Ehetag oder die Eheverkommnis dahinfallen zu lassen. Zur förmlichen Aufhebung eines Ehetags oder einer Eheverkommnis bedurfte die Frau nach dem Gesetz vom 26. Mai 1848 desselben Beistandes wie zur Errichtung; auch musste über den Aufhebungsakt eine Urkunde errichtet werden, die von beiden Ehegatten oder von zwei Zeugen zu unterschreiben, oder vom Notar abzufassen und von ihm und den Zeugen zu unterschreiben war. Wurde eine Eheverkommnis wegen Formmangel ungültig erklärt, so trat der förmliche Ehetag oder die allfällig unmittelbar vorhergehende förmliche Eheverkommnis an ihre Stelle, es wäre denn der eine oder die andere auf die vorgeschriebene Weise förmlich aufgehoben worden. Wenn die Eheleute den Vertrag dahinfallen liessen ohne einen neuen zu errichten, so trat an Stelle der vertraglichen Abmachungen wieder das gesetzliche Erbrecht.

2. Von Gesetzes wegen wurden ein Ehevertrag und eine Eheverkommnis in zwei Fällen aufgehoben: *a)* Wenn beim Ableben des zuerst verstorbenen Ehegatten gemeinsame Nachkommen vorhanden waren, so fiel der Erbvertrag ipso jure dahin. Massgebend war der Zeitpunkt des Todes. Waren Kinder vorverstorben oder wurden nachher noch welche geboren, so schadete das der Rechtsgültigkeit des Vertrages nicht. *b)* Wurde eine Ehe durch

[3] Vgl. Huber, Privatrecht, S. 372 ff.

Scheidung aufgelöst, so fiel der Vertrag ohne weiteres mit der Scheidung dahin.

II. Die Wirkung der Ehetage und Eheverkommnisse nach dem E. G.

Art. 155 E. G. schreibt vor, dass sowohl Ehetage als auch Eheverkommnisse, die vor 1912 gültig kontrahiert worden waren, ihre Wirksamkeit unter dem neuen Recht beibehalten sollen, natürlich auch jetzt noch unter der Voraussetzung, dass beim Tode des zuerst versterbenden Ehegatten keine gemeinsamen Nachkommen vorhanden sind[4]. Sind solche vorhanden, so gilt die Erbfolge nach Art. 151 f. E. G. Vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des Z. G. B. an sind der Ehetag und die Eheverkommnis wie Erbverzichtsverträge des neuen Rechts zu behandeln und lösen demgemäss auch die in Art. 495 Z. G. B. umschriebenen rechtlichen Wirkungen aus[5]. Dies äussert sich nach drei Richtungen hin:

1. Der Verzichtende fällt beim Erbgang ausser Betracht. Sofern eine andere Anordnung fehlt, wirkt der Verzicht auch gegen die Nachkommen des Verzichtenden.

2. Werden die Gläubiger des Erblassers von den Erben nicht befriedigt, so können der Verzichtende und dessen Erben soweit in Anspruch genommen werden, als sie für den Erbverzicht etwas erhalten haben und soweit sie zur Zeit des Erbganges noch bereichert sind (vgl. Art. 497 Z. G. B.).

3. Wurde durch einen altrechtlichen Erbvertrag eine gegenseitige vertragliche Erbfolge eingeführt, so bleibt sie auch unter dem neuen Recht als Verfügung von Todes wegen bestehen.

---

[4] Vgl. Art. 16 und 50 Schl.; Z. b. J. V. 51, S. 359 ff.; Senn in Z. b. J. V. 49, S. 363 ff.; Wyss, S. 118 ff.

[5] Vgl. Kuhn, Z. b. J. V. 48, S. 376 ff.; Martin, S. 116 ff. Z. b. J. V. 51, S. 359 ff.

Indessen darf nicht ausser acht gelassen werden, dass die Ehetage und Eheverkommnisse ausschliesslich im Hinblick auf die unumschränkte Geltung des Gütereinheitssystems eingegangen worden waren und deshalb ihre Berechtigung einbüssen, sobald infolge des Inkrafttretens des neuen Rechts die Voraussetzungen des Vertragsschlusses weggefallen sind. Daraus muss geschlossen werden, dass der Ehetag und die Eheverkommnis ihre Gültigkeit verlieren, sobald die Ehegatten auch nur extern unter eidgenössisches Güterrecht zu stehen kommen[6]. Es konnte dem Ehetag und der Eheverkommnis nicht etwa eine über das intertemporale Recht des Z. G. B. hinausgehende Wirkung dadurch gesichert werden, dass sie ins Güterrechtsregister eingetragen wurden; denn eintragungsfähig ist nur ein Vertrag, durch welchen ein vom gesetzlichen ordentlichen Güterstand abweichendes güterrechtliches Verhältnis zwischen den Ehegatten begründet wird[7].

Der Eintrag der bernischen Ehetage und Eheverkommnisse konnte auch nicht etwa mit der Begründung erfolgen, dass Art. 150 ff. E. G. gestützt auf Art. 9 Schl. die erbrechtlichen Verhältnisse unter den Ehegatten „als güterrechtlich" bezeichnet.

Für Verabredungen güterrechtlicher Natur, wie sie der Ehetag nach Satzung 898 bern. C. G. B. enthalten konnte (Stipulierung eines Vorbehaltsgutes, einer Morgengabe oder eines Nadelgeldes), musste nach Art. 10 Schl. der Eintrag ins Güterrechtsregister zugelassen werden[8]. Die Unterlassung der Eintragung konnte jedoch die Qualität eines Vermögenskomplexes als Sondergut nicht beeinträchtigen, konnte also der Ehefrau nicht nachteilig sein, da nach Art. 1 Schl. alles Vermögen,

---

[6] Vgl. Wyss, S. 119.

[7] Vgl. Mutzner, Komm. zu Art. 10 Schl. N. 8; Z. G B. Art. 248, Güterrechtsregisterverordnung Art. 10; M. b. V. 10, S. 258.

[8] Vgl. Mutzner, Komm. Art. 10 Schl. N. 8.

das nach bisherigem Recht gültig Sondergut geworden war, seine Sondergutsqualität auch nach dem Inkrafttreten des Z. G. B. beibehält[9].

Bernischen Ehegatten, die ihre Güterrechtsverhältnisse sowohl unter sich als auch Dritten gegenüber vor dem Inkrafttreten des Z. G. B. dem bisherigen Recht unterstellt hatten, und deren Güterstand bisher nicht durch einen Wohnsitzwechsel alteriert worden ist, muss nach dem 1. Januar 1912 sowohl das Recht eingeräumt werden, Eheverträge als auch die Befugnis Erbverzichtsverträge im Rahmen des Z. G. B. abzuschliessen. Denn es ist nicht anzunehmen, dass es in der Absicht des Gesetzgebers lag, die rechtliche Stellung der Ehegatten nach 1912 verglichen mit vor 1912 zu deteriorieren. Natürlich besitzen die Ehegatten keine ausgedehntere Verfügungsbefugnis, als ihnen das Z. G. B. und das E. G. zugestehen. Auch wird den altbernischen Ehegatten nicht etwa das Recht eingeräumt, nach dem 1. Januar 1912 noch Eheverkommnisse abzuschliessen[10].

§ 9.

Die Verfügungen von Todes wegen.

Art. 153 Abs. 2 E. G. beansprucht von 1912 an unbedingte Geltung für alle Verfügungen von Todes wegen, d. h. die in den Art. 527 und 529 Z. G. B. aufgezählten Verfügungen unterliegen auch dann der Herabsetzung, wenn sie vor dem Inkrafttreten des Z. G. B. errichtet

[9] Vgl. Gmür, Komm. Art. 190 N. 40, Wyss, S. 69.
[10] Vgl. Kuhn, Z. b. J. V. 48, S. 495.

wurden und wenn sie nach der alten Rechtsordnung der Herabsetzung nicht unterlegen wären[1].

Hinsichtlich der Verfügungsfähigkeit des Erblassers gilt nach 1912 die sogenannte Meistbegünstigungsklausel, d. h. bei der Errichtung von Testamenten ist die Verfügungsfähigkeit immer dann zu bejahen, wenn der Erblasser zur Zeit der Errichtung den Anforderungen des Z. G. B. genügte. Der Erblasser musste also bei der Errichtung des Testaments urteilsfähig und wenigstens 18 Jahre alt sein. Wenn diese Voraussetzungen nicht zutreffen, so muss untersucht werden, ob der Erblasser nach dem altbernischen Recht, das zur Zeit der Errichtung des Testaments für ihn galt, verfügungsfähig war[2].

Nach 1912 beansprucht das neue Recht für die Berechnung der disponiblen Quote unbedingte Geltung. Dieser Grundsatz kann zur Folge haben, dass ein Testament, das nicht der Herabsetzungsklage unterworfen gewesen wäre, wenn der Erblasser vor 1912 gestorben wäre, nunmehr anfechtbar wird. Dies ist im Kanton Bern überall da der Fall, wo ein Erblasser beim Vorhandensein von Noterben über seinen ganzen freien Drittel und eine Erblasserin über ihr ganzes Sondervermögen verfügt hatte.

Schwierigkeiten bereitet die Beantwortung der Frage, ob Ehegatten, die sich auch nach aussen dem Berner Recht unterstellt hatten, nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts eine Verfügungsbefugnis von Todes wegen besitzen können. Mit Rücksicht auf die Tatsache, dass die bis 1912 als erbrechtlich bezeichneten Bestimmungen des bernischen Rechts in Zukunft güterrechtlichen Charakter haben sollen, könnte man zu der Ansicht geneigt sein, dass für die extern und intern dem bernischen Gü-

---

[1] Vgl. B. G. E. 42 II, S. 6 ff.; Praxis V, S. 170 ff.; Z. b. J. V. 56, S. 591 ff.; S. J. Z 17, S. 233.

[2] Vgl. Huber, Privatrecht II, S. 161 ff, 322 f.; B. G. E. 42 II, S. 573; Praxis VI, S. 108.

terrecht unterstellten Ehegatten eine Verfügungsbefugnis ausgeschlossen sei. Diese Ansicht liesse sich damit begründen, dass die Verfügungsfreiheit ein Institut des Erbrechts sei und infolgedessen im Güterrecht keinen Platz habe. Allein der bernische Gesetzgeber hat diese Erwägungen nicht als ausschlaggebend anerkannt; er bestimmt in Art. 153 Abs. 2 E. G., dass hinsichtlich der Verfügungsfreiheit die Vorschriften des neuen Rechts gelten. Damit ist dargetan, dass auch diejenigen Ehegatten, die intern und extern unter dem alten Recht verblieben sind, über ihr Vermögen durch letztwillige Verfügungen im Rahmen des Z. G. B. disponieren können. Sie haben mit anderen Worten eine Verfügungsfreiheit, soweit sie nicht durch das Pflichtteilsrecht des Z. G. B. eingeschränkt sind. Schon die Nichtübernahme der auf den Erbvertrag bezüglichen Bestimmungen des alten Rechts, sodann noch mehr die Bezugnahme auf die Verfügungsfreiheit des Z. G. B. sprechen dafür, dass der bernische Gesetzgeber den Ehegatten in jedem Falle die Verfügungsfreiheit hinsichtlich ihres Anteils am Ehevermögen geben wollte[3]. Dabei ist wohl zu beachten, dass die Verfügungsfreiheit nicht bloss dem Ehemann, sondern auch der Ehefrau zusteht. Art. 153 E. G. steht unter dem Haupttitel: B „Güterrecht des alten Kantonsteils beim Tode eines Ehegatten". Daraus kann geschlossen werden, dass das E. G. den altrechtlichen Ehegatten hinsichtlich ihrer Verfügungen von Todes wegen dieselbe Stellung einräumen will, wie sie die Ehegatten unter der Güterverbindung des Z. G. B. haben. Würde sich die Verfügungsfreiheit von Art. 150 E. G. bloss auf dasjenige Vermögen beziehen, das nach Abzug der güterrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten noch vorhanden ist, so hätte die Bestimmung des Art. 153 Abs. 3 gar keinen Sinn; denn

[3] So Gmür, Z. b. J. V. 58, S. 400; Guhl, Z. b. J. V. 48, S. 215.

der verbleibende Rest, das Sondergut wird in Abs. 4 besonders geregelt.

Daran anschliessend ist zu bemerken, dass im Kanton Bern der Pflichtteilsanspruch der Geschwister eines Erblassers, wie ihn Art. 471 Z. G. B. umschreibt, unterdrückt wurde, indem der kantonale Gesetzgeber von der Kompetenz, die ihm Art. 472 Z. G. B. einräumt, Gebrauch machte. Allein es darf nicht übersehen werden, dass der Pflichtteilsanspruch nur für diejenigen Geschwister eines bernischen Erblassers, der seinen letzten Wohnsitz im Kanton Bern hatte, oder sich durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag dem Berner-Recht unterstellte, in rechtsverbindlicher Weise ausgeschlossen werden kann. Geschwister von Nichtbernern, die im Kanton Bern sterben, sind demnach pflichtteilsgeschützt (vgl. Art. 56 E. G.)[4].

Objekt für die Berechnung der disponiblen Quote ist, was ein Ehegatte als eigenes Vermögen hinterlässt. So hat es der bernische Gesetzgeber im E. G. selbst geordnet, indem er einerseits bestimmte, der Nachlass falle ganz an den überlebenden Ehegatten, andererseits jedoch diesem Anspruch in der Weise Schranken auferlegte, dass ein Ehegatte über sein Vermögen nach den Bestimmungen des neuen Rechts von Todes wegen verfügen kann. Vom Standpunkt der Verfügungsfreiheit und des neuen Rechts aus betrachtet, wird demnach die Frage ausgeschaltet, ob ein Ehegatte güterrechtlicher Sukzessor, oder ob er Erbe sei. *Guhl* in Z. b. J. V. 48, S. 208 ff. und *Bühlmann*, S. 241, kommen beide zu dem Resultat, dass allein die Noterben des bernischen Rechts, d. h. der überlebende Ehegatte und die Nachkommen Pflichtteilserben im Sinne von Art. 470 Z. G. B. sind. Demnach beträgt die verfügbare Quote die Hälfte, wenn der überlebende Ehegatte einziger Erbe ist und

[4] Vgl. Brand, Z. b. J. V. 48, S. 67 ff.

$^3/_{16}$ wenn neben ihm noch Nachkommen vorhanden sind.

Zu den Verfügungen von Todes wegen, die von den Ehegatten errichtet werden können, zählt der Bundesgesetzgeber auch die Erbverträge und unter diesen im besonderen den Erbverzicht, wodurch der Verzichtende beim Erbgang als Erbe ausser Betracht fällt. Damit ist dargetan, dass Ehegatten, die intern und extern unter altbernischem Güterrecht stehen, ebenfalls einen Erbverzichtsvertrag — allerdings in den Schranken des neuen Rechts — abschliessen können. Sind sie kinderlos, so hat der Abschluss eines Erbverzichtsvertrages zur Folge, dass jeder Ehegatte berechtigt ist, über sein ganzes Vermögen von Todes wegen zu verfügen[5].

I. Die Verfügungsbefugnis des Ehemannes vor und nach 1912.

Nach dem altbernischen Recht konnte ein Erblasser über höchstens einen Drittel seines freien Vermögens verfügen, wenn er bei seinem Tode Noterben hinterliess; die anderen zwei Drittel waren den Noterben verfangen und durften ihnen nicht entzogen werden. Unter Noterben verstand das altbernische Recht diejenigen Personen, denen der Erblasser einen gewissen Teil seiner Verlassenschaft entweder gar nicht oder doch nur beim Vorhandensein gesetzlicher Enterbungsgründe entziehen konnte. Die Noterben haben somit gegenüber den anderen gesetzlichen Erben eine privilegierte Stellung.

Die Satzung 516 des bernischen C. G. B. bezeichnet als noterbenberechtigte Personen in erster Linie den Ehegatten des Erblassers, sofern dieser nicht durch einen rechtsgültigen Erbvertrag auf sein Noterbrecht verzichtet hat und ferner die ehelichen Deszendenten aller Grade, sofern sie nicht etwa enterbt oder ausgekauft sind[6].

[5] Vgl. Senn, Z. b. J. V. 49, S. 341.

[6] Vgl. Satzung 904 bern. C. G. B., König, III, S. 77 und S. 80 f.

Der verfügbare Drittel des bernischen Ehemannes wurde vom sogenannten freien Vermögen berechnet, d. h. es wurde vom gesamten ehelichen Vermögen das eingebrachte Gut der Frau abgezogen. Massgebend war der Bestand der Verlassenschaft, nicht etwa der Bestand des Vermögens zur Zeit der Testamentserrichtung. Über die Frage, ob die Vorempfänge der Kinder bei der Berechnung des freien Drittels fiktiv dem Nachlass beigefügt werden mussten, äusserte sich das bernische Gesetz nicht; die Praxis nahm aber an, dass die Vorempfänger vor der Ausrechnung des freien Drittels zur Einschiessung ihrer Vorempfänge verpflichtet seien.

Es ist zu betonen, dass das bernische Pflichtteilsrecht, wie das Z. G. B. die disponible Quote zur Grundlage hat[7].

Wie gestalten sich die Verhältnisse in bezug auf die Feststellung der verfügbaren Quote für einen bernischen Ehemann, der nach 1912 stirbt und ein vor 1912 rechtsgültig errichtetes Testament hinterlässt? Es muss auch hier in erster Linie das reine Vermögen des Erblassers zur Zeit seines Todes ermittelt werden, d. h. es sind von den Aktiven vorerst die Schulden abzurechnen (vgl. Art. 474 Z. G. B.). Zu den Schulden gehören auch die güterrechtlichen Ansprüche der Ehefrau. Ferner werden vom Rohvermögen die durch den Tod des Erblassers verursachten Ausgaben in Abzug gebracht; als solche sind zu nennen: die Begräbniskosten, die Kosten der Siegelung und der Inventaraufnahme, und zwar sowohl des gewöhnlichen Erbschaftsinventars, als auch des öffentlichen Inventars (vgl. Art. 553 und 580 ff. Z. G. B.), sodann der Anspruch auf den sogenannten Dreissigsten. Die Hausgenossen haben nämlich, soweit sie Erben sind und zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Haushaltung ihren Unterhalt geniessen, im An-

[7] Vgl. König III, S. 80.

schluss an das überlieferte Recht[8] den Anspruch auf Fortsetzung des Haushaltes auf einen Monat. Dieser Anspruch wird billigerweise in der Regel auch auf die nicht erbberechtigten Hausgenossen ausgedehnt (vgl. Art. 606 und 474 Abs. 2 Z. G. B.). — Kontrovers ist die Frage, ob bei der Aufstellung dieser Bilanz, landwirtschaftliche Grundstücke, die zur Erbschaft gehören, zum Marktwert oder zum Ertragswert anzuschlagen sind. Nach der Ansicht von *Bühlmann*[9] und *Tuor*[10] hat die Anrechnung zum Ertragswert nur Geltung als *Teilungsvorschrift*, während für die Ausrechnung der disponiblen Quote des Erblassers der *Marktwert* in Anschlag zu bringen ist.

Für die Berechnung der disponiblen Quote nach *Ertragswert* haben sich *Guhl*[11] und *Vital*[12] ausgesprochen. *Guhl* begründet seine Ansicht damit, dass die Schätzungsgrundsätze für die Berechnung der disponiblen Quote nicht abweichen dürfen von den Grundsätzen, die für die Berechnung des Pflichtteils und des gesetzlichen Erbanspruches massgebend sind.

Ferner sind zum reinen Vermögen hinzuzurechnen die Zuwendungen unter Lebenden, soweit sie der Herabsetzungsklage unterworfen sind (Art. 475 Z. G. B.)[13].

Durch Prämienzahlung für eine übermässig hohe Versicherung auf den Todesfall zugunsten Dritter oder eines Miterben, z. B. der Ehefrau, kann unter Umständen der Pflichtteil der Erben verletzt werden. Im alten Berner-Recht war für die Behandlung derartiger Fälle keinerlei Bestimmung gegeben und die Frage der Ergänzung des Pflichtteils ist daher oft auf grosse

[8] Vgl. Huber, Privatrecht IV, S. 671.
[9] S. 242.
[10] Komm. zu Art. 474 Z. G. B. N. 21 ff.
[11] Z. b. J. V. 60, S. 1 ff.
[12] S. 162 ff.
[13] Vgl. Bühlmann, S. 242, Tuor, Komm. zu Art. 474 Z. G. B. N. 14.

Schwierigkeiten gestossen. Das Z. G. B. hat die Bestimmung aufgenommen, dass in solchen Fällen der Rückkaufswert des Versicherungsanspruches im Zeitpunkt des Todes des Erblassers massgebend sein soll. Nach dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag, sind die Versicherungsgesellschaften verpflichtet, die Grundlagen für die Bestimmung des Rückkaufsrechtes einer Police in den allgemeinen Versicherungsbedingungen festzulegen. Zum reinen Vermögen muss mithin behufs Ausmittlung des verfügbaren Teiles der Rückkaufswert des Versicherungsanspruches im Zeitpunkt des Todes des Erblassers hinzugerechnet werden, wenn der Erblasser durch Vertrag oder durch Verfügung von Todes wegen einen Dritten als Begünstigten bezeichnet, oder den Versicherungsanspruch bei Lebzeiten unentgeltlich einem Dritten abgetreten hat. Ergibt sich bei dieser Hinzurechnung eine Verletzung des Pflichtteils, so sind die verletzten Erben berechtigt, Ergänzung aus diesem Rückkaufswert zu verlangen (vgl. Art. 529 Z. G. B.).

Der auf diese Weise ermittelte Nettobetrag des Nachlassvermögens bildet sodann die Grundlage für die Feststellung, ob eine Überschreitung der Verfügungsbefugnis durch Verfügungen des Erblassers von Todes wegen oder unter Lebenden stattgefunden habe und ob infolgedessen die Voraussetzungen zur Herabsetzungsklage nach Art. 522 ff. Z. G. B. gegeben sind[14].

II. Die Verfügungsbefugnis der Ehefrau vor und nach 1912.

Durch das Gesetz vom 27. Mai 1847 wurde die Geschlechtsverbeistandschaft aufgehoben und die Frauen wurden hinsichtlich der äusseren Form der letztwilligen Verfügungen den Männern gleichgestellt. Dagegen blieb nach dem Inkrafttreten des Emanzipationsgesetzes die

[14] Vgl. Bühlmann, S. 243 ff

Dispositionsbefugnis der Ehefrau wie unter Lebenden, so auch von Todes wegen in gleicher Weise beschränkt wie vordem, d. h. für die Verfügungsfreiheit der Ehefrau galt die Vorschrift, dass sie nur freies Verfügungsrecht über ihr vorbehaltenes Gut hatte. Das Vorbehaltsgut behielt also seine besondere Bedeutung nicht nur während der Ehe, sondern erfuhr auch nach deren Auflösung eine exceptionelle Behandlung (vgl. Satzung 553 und 722 bern. C. G. B.). Dies galt ohne Rücksicht auf die Provenienz des Sondervermögens sowohl für Ehefrauen, die unter dem Güterstand der Gütereinheit lebten, als auch für die unter Gütertrennung lebenden (vgl. Satzung 553 bern. C. G. B.), sofern sie Noterben hinterliessen.

Nach 1912 steht die Ehefrau hinsichtlich der Verfügungsfreiheit unter den Bestimmungen des neuen Rechts. Sie kann also über ihr Sondervermögen nur noch im Rahmen des Pflichtteilsrechts des Z. G. B. verfügen. Hatte sie bereits vor 1912 ein Testament errichtet und darin über das ganze Sondergut zugunsten Dritter disponiert und stirbt sie erst nach 1912, so unterliegt dasselbe der Herabsetzungspflicht im Rahmen des Z. G. B., ist also nur unanfechtbar im Rahmen der disponiblen Quote des Z. G. B.

Verfügt demnach die Ehefrau beim Vorhandensein von Kindern, die nicht gültig enterbt sind oder die keinen gültigen Verzicht auf ihr Erbrecht geleistet haben, so verringert sich ihre verfügbare Quote nach Massgabe des Art. 471 Ziff. 1 Z. G. B. in Verbindung mit Art. 462. Der gesetzliche Erbanspruch des überlebenden Ehemannes besteht zwar nach Art. 462 Z. G. B. in einem Wahlrecht zwischen Eigentum und Nutzniessung. Dieses Wahlrecht ist jedoch wie schon erwähnt ohne jeden Einfluss auf die verfügbare Quote.

Verfügungen unter Lebenden, die die Ehefrau bereits vor 1912 in Hinsicht auf ihr Sondergut vorgenom-

men hat, sind unanfechtbar. — Verletzt sie dagegen nach 1912 durch solche Verfügungen das Pflichtteilsrecht ihrer Noterben, so unterliegen diese Schenkungen unter Lebenden der Herabsetzungspflicht nach Massgabe des Z. G. B.

Haben die Kinder und der Ehemann auf ihr Pflichtteilsrecht einen gültigen Verzicht geleistet, resp. sind die Kinder gültig enterbt, so erstreckt sich die Dispositionsbefugnis der Ehefrau sowohl auf ihr ganzes Sondergut als auch auf das dem Manne während der Ehe eingebrachte Vermögen.

III. Die Verfügungsbefugnis des Witwers und der Witwe.

1. Die Verfügungsbefugnis des Witwers.

Das Vermögen des bernischen Witwers setzt sich zusammen aus dem ehelichen Vermögen (in welchem auch das eingebrachte Gut der Frau aufgegangen ist) und aus seinem Sondergut.

Hinterlässt der Witwer Nachkommen, so wird die verfügbare Quote aus demjenigen Vermögen berechnet, das noch übrigbleibt, nachdem die Muttergutsforderung dem Werte nach ausgeschieden ist. Der Witwer ist also über das eheliche Vermögen abzüglich des Wertes des Eingebrachten seiner Frau, verfügungsberechtigt, und zwar im Rahmen des Pflichtteilsrechts des Z. G. B.

Hinterlässt er keine Nachkommen, so muss ihm — wie der bernischen Witwe — die Berechtigung eingeräumt werden, über sein ganzes Vermögen zu verfügen. Es ist keine Einschränkung dieses freien Verfügungsrechts zugunsten allfälliger Angehöriger des elterlichen Stammes anzunehmen[15].

2. Die Verfügungsbefugnis der Witwe.

Als Grundregel gilt, dass die Witwe über das eheliche Vermögen von Todes wegen nicht verfügen darf.

[15] a. M. Vital, S. 260.